



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS

“LA NUEVA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO
DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008”

DIANA CAROLINA ARBOLEDA MONGE

DIRECTOR: HERNÁN SALGADO PESANTES

QUITO, 2011

DEDICATORIA

A los motores de mi vida: DIOS y mi FAMILIA, quienes siempre me han alentado y motivado a seguir adelante cada uno de mis días y sin los cuales no podría vivir y ser lo que soy.

A mi papá, que con ejemplo ha forjado mi vida.

A mi mamá, que ha sido la mejor amiga de todas.

A mi hermana, que nunca ha dejado de ser mi balance.

A mi hermano, que es mi ejemplo a seguir.

AGRADECIMIENTOS

Al Maestro Hernán Salgado Pesantes, que desde el principio de la carrera fue fuente de inspiración no solo de forma profesional sino también personal.

A los doctores Ricardo Calderón y Jorge Touma, que me brindaron todo el apoyo necesario para que se cumpla este sueño.

A mis amigos, que me dieron fuerzas y esperanzas durante todo el proceso.

A mi familia que nunca me desamparó y me dio el mejor regalo que puede existir: amor y comprensión.

ABSTRACT

El sistema jurisdiccional ecuatoriano ha sido severamente criticado en la última década debido a su lentitud, venalidad y sospechosa conexión con intereses partidistas. Gran parte de la crítica se encaminó contra la ex Corte Suprema de Justicia que nunca cumplió su papel de tribunal de casación y, con fallos contradictorios, contribuía a la inseguridad jurídica. Desde los años noventa se buscaron alternativas y promovieron cambios y entre ellos, el de la llamada Pichi Corte, y su sustitución en un proceso sui generis. En ese marco, la nueva Constitución creó o consolidó garantías jurisdiccionales para dar soluciones rápidas y una verdadera tutela a los derechos de todas las personas.

El estudio de la nueva garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento permite una asimilación y aprendizaje del nuevo constitucionalismo en comparación con el esquema anterior.

Para poder desarrollar este proyecto acudimos a un análisis lógico deductivo de los principios y valores que tomaron los asambleístas de Montecristi, para plasmar en la nueva Constitución la acción por incumplimiento, y un estudio sobre la jurisprudencia de la polémica Corte Constitucional para el periodo de Transición.

Se utilizó la hermenéutica para distinguir los elementos de la garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento y el método comparativo para esta acción con sus similares de Colombia y Perú.

En la teoría, la acción por incumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador fue concebida para tutelar los derechos fundamentales de los ecuatorianos, mediante un mecanismo directo para reclamar actos y conductas de personas particulares o autoridades públicas, cuando se han inobservado normas del sistema jurídico, actos administrativos de carácter general o sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos; no obstante, la falta de conocimiento y precisión, ha creado varios problemas en su aplicación.

Esta acción, a diferencia de las acciones de cumplimiento de Perú y Colombia, ha sobresalido por su amplitud al referirse no solo a la ley y actos administrativos, sino también

a las sentencias e informes de organismos internacionales; sin embargo, ya, en la práctica, a pesar de estar normada por la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional se ha visto que se ha confundido con la acción constitucional llamada “Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales”.

Si el objetivo era agilizar los tramites, puedo afirmar que no se ha cumplido; se ha visto afectada por la lentitud del trámite, pues se exige que se realice una petición previa, que supone cuarenta días más de espera, violando el fin de las garantías jurisdiccionales y otros principios constitucionales.

De esta manera, he llegado a concluir que la acción por incumplimiento no ha sido una respuesta concreta para la protección de los derechos constitucionales de los ecuatorianos, toda vez que los ciudadanos desconocen la han aplicado de mala fe, en muchos casos, y que los jueces no han sabido orientarla para que cubra su loable propósito.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
1. LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	4
1.1. ¿Qué son y qué protegen las garantías constitucionales?.....	4
1.2. ¿Cuáles son las garantías más comunes?.....	9
1.3. Violación por acción y violación por omisión.....	16
1.4. Las sentencias e informes de los organismos internacionales de derechos Humanos.....	18
CAPÍTULO II	24
2. LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA	
2.1. La finalidad y objeto de la acción. Su alcance.....	24
2.1.1. Competencia.....	24
2.1.2. Finalidad u objetivo.....	25
2.2. Elementos de la acción por incumplimiento.....	27
2.2.1. Procedibilidad.....	27
2.2.2. Requisitos de Procedibilidad.....	27
2.2.3. Improcedibilidad.....	30
2.2.4. Trámite.....	31
2.2.5. Contenido de la sentencia.....	33
2.2.6. Desistimiento y allanamiento.....	35
2.2.7. Reparación integral.....	35
2.2.8. Responsabilidad del Estado.....	37
2.2.9. Cumplimiento.....	38
2.2.10. Violación procesal.....	38
2.2.11. Daños en el incumplimiento.....	39
2.3. Titular de la acción y demandado.....	40
2.3.1. Legitimación activa.....	40
2.3.2. Legitimación pasiva.....	40
2.4. Caducidad de la acción.....	42

CAPÍTULO III.....	43
3. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL PERÚ Y EN COLOMBIA.....	43
3.1. Generalidades de la acción de cumplimiento peruana.....	43
3.1.1. Competencia.....	43
3.1.2. Finalidad u objetivo.....	44
3.1.3. Procedibilidad.....	45
3.1.4. Requisitos de la Procedibilidad.....	45
3.1.5. Improcedibilidad.....	46
3.1.6. Legitimado activo.....	48
3.1.7. Legitimado pasivo.....	48
3.1.8. Tramite.....	49
3.1.9. Contenido de la sentencia.....	57
3.1.10. Carácter impugnado de las sentencias.....	58
3.1.11. Procedente vinculante de las sentencias y publicación.....	58
3.1.12. Desistimiento, reconvención y abandono.....	59
3.1.13. Responsabilidad del Estado.....	60
3.1.14. Cumplimiento.....	60
3.1.15. Violación procesal.....	62
3.1.16. Caducidad.....	62
3.2. Generalidades de la acción de cumplimiento colombiana.....	63
3.2.1. Competencia.....	63
3.2.2. Finalidad u objetivo.....	64
3.2.3. Procedibilidad.....	64
3.2.4. Requisitos de Procedibilidad.....	64
3.2.5. Improcedibilidad.....	65
3.2.6. Legitimidad Activa.....	65
3.2.7. Legitimidad Pasiva.....	66
3.2.8. Tramite.....	67
3.2.9. Contenido de la sentencia.....	72
3.2.10. Cumplimiento.....	73
3.2.11. Daños de cumplimiento.....	73

3.2.12. Impugnación del fallo.....	74
3.2.13. Seguimiento.....	75
3.2.14. Caducidad.....	75
3.3. Análisis comparativo de la acción de cumplimiento con la acción por incumplimiento.....	76
3.3.1. Semejanzas.....	76
3.3.2. Diferencias.....	77
CAPÍTULO IV.....	80
4. PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE ACCIÓN POR CUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR.....	80
4.1. Los diversos problemas.....	80
4.2. Posibles soluciones.....	92
CAPÍTULO V.....	94
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	94
5.1.1. Conclusiones.....	94
5.1.2. Recomendaciones.....	99

INTRODUCCIÓN

La pregunta a plantearse en este estudio es, ¿La nueva garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento, establecida en la Constitución, es una respuesta concreta, factible y práctica para la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales de los ecuatorianos? Alternativamente podría preguntarse ¿Es una institución jurídica que se quiere copiar?

Estudiaremos primero las garantías jurisdiccionales y la violación de los derechos constitucionales para luego enmarcar la acción de incumplimiento en la Constitución Ecuatoriana. A su vez la haremos una comparación general con las acciones de cumplimiento de Perú y Colombia, para finalmente poder ver los problemas y proponer soluciones o recomendaciones en la aplicación de esta nueva garantía.

El 20 de octubre de 2008, fue publicada mediante Registro Oficial No. 449, la nueva Constitución de la República del Ecuador. Ahora, es importante analizar si se tuvieron en cuenta los principios y valores que responden a la cultura jurídica ecuatoriana de hoy y si los ecuatorianos estamos preparados para encarnarlos, apoderarnos de ellos y ejercitarlos.

Al efectuar la recopilación de las fuentes que serán la base de este estudio, hemos observado que existen vacíos, duplicaciones e imprecisiones en el texto constitucional y las leyes que se han dictado para viabilizarlo. Una cosa es evidente: el apresuramiento que tuvieron los constituyentes de Montecristi al expedirlo. Por este motivo, en el sistema de justicia ecuatoriano aún existe incertidumbre y desconocimiento de los procesos nuevos.

El derecho es un producto social que cambia a través del tiempo. Los principios, normas e instituciones se van acoplando al “ser” y al “deber ser” de la sociedad luego de intentos, reformas y ensayos. El Derecho Constitucional, con más razón, es un *“producto avanzado del*

*proceso evolutivo de los pueblos*¹ que se “*refiere al ordenamiento jurídico fundamental que rige la vida de un Estado*”². Por ello la redacción de una constitución toma tiempo y sobre todo necesita responder a la realidad social de un país.

En los ciento ochenta años de vida republicana del Ecuador se han promulgado veinte cartas supremas, cada una de las cuales, respondió en su momento no a “un afán de reestructurar la institucionalidad política o de proyectar verdaderas transformaciones, la finalidad...fue la de legitimar situaciones de hecho.”³ Cada constitución fue hecha a la medida del líder político de turno, como sucede en la presente coyuntura.

Las garantías jurisdiccionales en las anteriores Cartas Magnas ecuatorianas no fueron lo suficientemente consistentes y requerían una mayor precisión. En este contexto, los asambleístas de Montecristi, impulsados en corrientes doctrinarias progresistas, ampliaron y precisaron las garantías denominándolas jurisdiccionales. Ellas son: la acción de protección (ex amparo), habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, acción por incumplimiento (Art. 93 y 436 numerales 5 y 9) y la acción extraordinaria de protección.

El sistema jurisdiccional ecuatoriano fue severamente criticado durante muchos años debido a la tardía respuesta a los reclamos de la ciudadanía, por lo que se hizo necesario buscar nuevas alternativas o mejorar a las antiguas garantías jurisdiccionales para terminar con aquello, dar soluciones rápidas y una verdadera tutela a los derechos de todas las personas.

Los derechos, son principios abstractos (bienes reconocidos por la sociedad) que deben ser protegidos. Las garantías son procedimientos prácticos por medio de los cuales se hacen efectivos dichos derechos y si hubiesen sido vulnerados, tienden a su declaración, reparación e indemnización.

¹ Guillermo Bossano. Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Quito, Talleres Gráficos de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, 1959. Página 31.

² *Ibíd.*

³ Hernán Salgado Pesantes. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 32.

El estudio de la nueva garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento permitirá una asimilación y aprendizaje del nuevo constitucionalismo.

Intentaré en el tiempo de su vigencia, verificar la aplicación de la garantía jurisdiccional por incumplimiento y haré un estudio sobre los resultados que hubiere arrojado.

CAPÍTULO I

LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1.1. ¿Qué son y qué protegen las garantías constitucionales?

Los derechos constitucionales son los principios abstractos, las normas generales, sustantivas que se derivan de la naturaleza innata del hombre y de su interacción con la sociedad en la que se desenvuelve. El Estado como máximo ente de la sociedad, debe garantizar el ejercicio de los derechos con los medios que sean apropiados. En la concepción clásica del derecho Civil, de tradición románica-germánica-napoleónica, las garantías jurisdiccionales nacen como instrumentos para la protección de la libertad de los ciudadanos y como limitante al poder estatal.

Las garantías jurisdiccionales son mecanismos establecidos por el Derecho Constitucional y desarrolladas mediante el Derecho Constitucional Procesal, mediante las cuales se busca que los derechos consagrados en el texto constitucional se hagan efectivos.

Las garantías jurisdiccionales, llamadas por algunos autores garantías constitucionales⁴, se han desarrollado para proteger o para reparar violaciones de derechos así como enfrentar posibles amenazas ante éstos, para tutelar los Derechos Humanos de los ciudadanos y prevenir la arbitrariedad de las autoridades estatales.⁵

⁴ No concuerdo con este símil por cuanto las garantías constitucionales se suelen confundir con todas las "seguridades civiles, políticas, procesales, penales, morales y económicas que definen esferas para el ejercicio de la libertad, al amparo de los excesos de la autoridad.", véase, Arturo, Orgaz. Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Editorial Alessandri, 1961. Página 173. Las garantías constitucionales han sido confundidas con los derechos constitucionales.

⁵ Seminario Reina Valera. Las Garantías Jurisdiccionales. Internet. <http://www.seminarioabierto.com/derechos15.htm>. Acceso: 27 de noviembre de 2010.

Su fin es conferir a los ciudadanos de un Estado, un conjunto de procedimientos legales o acciones que ayuden a asegurar los derechos consagrados en la Carta Fundamental o a interpelar por los ya vulnerados.⁶

Históricamente, los derechos fueron establecidos sin garantías constitucionales, como ya los hemos revisado y los que se podían exigir eran aquellos que estaban normados por el derecho ordinario.⁷ Fue necesario que los Estados establezcan las garantías adecuadas para reparar la violación de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental para que su cumplimiento sea cabal.⁸

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, fue el primer instrumento internacional que consagró una de estas garantías, la de Amparo. El artículo 8 prescribe: *“Art.8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”*.⁹

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 21 de octubre de 1977 y vigente desde el 27 de octubre de 1977, proclamó en el artículo 25:

Protección Judicial.-1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2.- Los Estados partes se comprometen: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga un recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso

⁶ Cabe mencionar que no sólo asegura los derechos consagrados por la Constitución sino todos aquellos derechos esenciales del hombre estén o no estén reconocidos en la Norma Suprema.

⁷ Ramiro Ávila Santamaría. Desafíos Constitucionales la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Página 90.

⁸ *Ibidem* Héctor Fernández Ledesma, citado por Ramiro Ávila Santamaría. Página 91.

⁹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet.<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>. Acceso: 28 de junio de 2010.

*judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*¹⁰

Los Estados suscriptores de estos instrumentos internacionales, se obligaron a “*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”¹¹, por lo tanto, es deber de cada Estado establecer dentro de sus cartas magnas y demás leyes, los recursos y órganos que se encarguen de amparar a todas las personas frente a acciones u omisiones que transgredan los derechos de los ciudadanos y que restablezcan o reparen los derechos que ya han sido quebrantados.

En estas circunstancias el principio de supremacía constitucional toma importancia y más aun en el nuevo concepto de estado de derechos y justicia. Por ese principio los poderes del Estado deben enmarcar sus actos a la norma constitucional. Para efecto de controlar la constitucionalidad de las normas debe haber un órgano especializado, con autonomía política y administrativa.¹²

*El control constitucional es un elemento fundamental para la salvaguarda de los derechos y libertades. Este control debe ejercerse por medio de un órgano independiente, porque como sostiene KELSEN, es una ingenuidad política confiar al Parlamento el control de la regularidad de las leyes, aprobadas por el mismo, pues el órgano legislativo se considera en realidad como un libre creador del derecho.*¹³

En nuestro país, el órgano llamado para ejercer el control constitucional es, desde octubre de 2008, la Corte Constitucional de Justicia. La Corte, según la Ley Orgánica de Garantías

¹⁰ Organización de Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acceso: 28 de junio de 2010.

¹¹ Ibídem. “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

¹² Hernán Salgado Pesantes. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Quito, Corporación Editora Nacional, 2005. Página 18.

¹³ Ramón Eduardo Burneo. Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Segunda Edición, 2008. Páginas 396 y 397. Citando al Doctor Hernán Salgado Pesantes.

Jurisdiccionales y Control Constitucional, es el encargado de “regular la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza¹⁴; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”¹⁵.

Por paradoja ese organismo no se ha estructurado hasta ahora bajo parámetros constitucionales. En un extraño acto de magia jurídica -de hechos y no de derecho- el ex Tribunal Constitucional se autoproclamó tal Corte y, en una simple resolución, tomó el poder que la Constitución asignaba a la Corte. Solo para guardar las apariencias, se puso un apellido: en transición.

Como fue fruto de un acuerdo político tácito en el gobierno, ninguno de los otros órganos jurídicos o de poder, cuestionó el “cambio”. Las numerosas voces de juristas independientes, que denunciaron la vía de hecho del Tribunal Constitucional, no fueron escuchadas.¹⁶ Dos años y medio después, la Corte se ha consolidado en su irregular conformación.

¹⁴ Cabe anotar que la nueva doctrina constitucional de derechos, establecida con la Constitución de 2008, trata a los derechos de la naturaleza igual que a los derechos humanos, por lo tanto, cualquier persona interesada, colectivo o representante legal de la naturaleza puede utilizar las garantías jurisdiccionales establecidas en la Carta Magna, contra actos u omisiones que atenten contra los derechos de la misma. En el presente estudio no se ahondará sobre este tema.

¹⁵ Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 56, 22 de octubre de 2009.

¹⁶ Noticias diario Hoy. Autoproclamada Corte Constitucional lista para Interpretar Constitución. Internet. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/autoproclamada-corte-lista-para-interpretar-constitucion-318866.htm>. Acceso: 8 de agosto de 2010.

El jurista Ernesto López, ha dicho al respecto: *“Esta entidad debería inhibirse de conocer los casos. Pero como las respuestas deben ser políticas, la CC responderá en ese sentido. En cuanto a llenar los vacíos jurídicos, esto deben hacerlo mediante reformas constitucionales, pero eso no se puede hacer sino en dos o tres años.*

Pero, ahora hay una CC que va a servir para todo, así como la manteca de la gran bestia sirve también para curar todos los males”.

En un sentido parecido, el conocido Doctor Ramiro Ávila ha dicho: *“Me parece que el control político que el Gobierno del presidente Rafael Correa está ejerciendo sobre lo que se dice es la Corte Constitucional (CC), porque no es eso sino un organismo espurreo, que además no tiene una entidad de fiscalización imparcial y está permitiendo que ese acto quede como un hecho consumado. Aquello se demuestra en las consultas que ha recibido la pseudo o falsa Corte Constitucional y que en la práctica serán resueltas en Carondelet, porque no creo que la CC tenga la autonomía suficiente ni la independencia como para actuar de motu proprio.*

Los integrantes de la CC han cumplido con pintar la fachada, de manera inverosímil, de darse un instructivo para absolver consultas como si ellos fueran legisladores. Mas, simplemente darán a conocer lo que les ordenen.

Extrañamente en lugar de la Constitución se ha impuesto la fuerza y, por costumbre, todos los ecuatorianos nos hemos visto obligados a asumir la autoridad de un organismo con falta de legitimidad.

En ese marco de dudosa constitucionalidad de la Corte, me veo forzada a realizar este estudio concreto. Ya indicaré como vía de hecho de la Corte también se ha manifestado en sus resoluciones.

Haciendo abstracción de la irregular situación de la Corte, sin dejar de advertirla, seguiré en el intento de hablar sobre el órgano de control de la constitucionalidad conforme a la teoría clásica.

Casos como el de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) no pasan por lo que diga la CC sino por el acuerdo al que lleguen Fernando Cordero, Ricardo Patiño y Roberto Gómez, quienes se han reunido para encontrar una salida política al tema".

El doctor Eduardo Polit ha comentado: "Como ya dije en un editorial que escribí: los integrantes del Tribunal Constitucional (TC) forzaron las normas básicas de interpretación de la Ley, y en este caso de la Constitución, se auto invistieron de la calidad de miembros de la Corte Constitucional (CC), la cual, según el Régimen de Transición, aún no nace.

Ahí se señala que la primera CC entrará en funciones cuando sea nombrada mediante concurso de merecimiento que organizará el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. En todo caso, cualquier cosa que hagan los magistrados de la Corte Constitucional es ilegítima. No tienen capacidad para eso.

El primer vacío que debería llenar la actual Asamblea es el de la Corte Constitucional, y no recurrir a ella para llenar otros huecos.

Al tocar este tema, se evidencia que la Constitución no era lo bien hecha que predicaron aquellos que la impulsaron. Al contrario, está llena de vacíos y contradicciones, los que se puede llenar con una reforma, pero existen candados que impiden hacerlo de una forma inmediata".

1.2. ¿Cuáles son las garantías más comunes?

La Carta Fundamental de 1998 fue la primera en establecer 4 garantías jurisdiccionales: Amparo, Hábeas Corpus, Habeas Data, y Defensoría del Pueblo.¹⁷ Las más comunes han sido las tres primeras.

Empecemos por ver las disposiciones comunes¹⁸ a las garantías jurisdiccionales establecidas en el artículo 86 de la actual constitución en concordancia con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Se han creado cinco disposiciones comunes relacionadas a las siguientes garantías, consagrando un amplio derecho para actuar como legitimados activos:

1. **Accionante:** Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, puede proponer cualquier acción que está prevista en la constitución.
2. **Competencia:** La tiene la jueza o juez del lugar donde se origina el acto o la omisión, o donde se producen sus efectos y se deben seguir las siguientes normas de procedimiento:

¹⁷Particularmente sostengo que las garantías jurisdiccionales son aquellas que se pueden ejercer a través de un órgano de control constitucional, es decir, por medio de la justicia constitucional. El Defensor del Pueblo, en este sentido, es un órgano autónomo, política, económica y administrativamente, igual que la Corte Constitucional, sin embargo estaba facultado a iniciar y patrocinar las garantías del hábeas corpus y del amparo; velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales y ejercer otras funciones que la ley le designe, mas no es un órgano de carácter jurisdiccional.

En la práctica, éstas garantías no fueron promovidas por el Defensor del Pueblo, sino por las mismas personas interesadas en obtenerlas, por este motivo no concuerdo con las teorías que acogen al Defensor del Pueblo como una garantía jurisdiccional. Al parecer, los diputados constituyentes de Montecristi supieron ver esta diferencia y en la nueva Carta Magna no incluyeron al Defensor del Pueblo dentro del capítulo de Garantías Jurisdiccionales.

El Doctor Juan Larrea Holguín en su libro Derecho Constitucional Ecuatoriano, menciona que “La Codificación de 1998 ha distinguido los derechos y las garantías de ellos, dedicando el Capítulo VI a las Garantías, en tres Secciones: 1. Del Hábeas Corpus (art.93); 2. Del Hábeas Data (art.94); 3. Del Amparo (art.96) y 4. De la Defensoría del Pueblo (art.96).”

Igualmente el Doctor Lenin T. Arroyo Baltán, en su libro, Las Garantías Individuales y el Rol de Protección Constitucional, enumera en el capítulo 3, la Garantía de la Defensoría del Pueblo. Quito, Arroyo ediciones, 2002. Página 47.

¹⁸ No concuerdo con que se haya establecido normas comunes para las garantías jurisdiccionales, pues cada una de ellas tiene sus especificaciones.

- a) **Procedimiento:** debe ser sencillo, rápido, eficaz, oral en todas sus fases e instancias y el secretario del juzgado debe reducir a escrito.
- b) **Término:** Son hábiles todos los días y horas.
- c) **Formalidades:** pueden ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No es indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción, lo que supone que se ha considerado que la justicia debe ser accesible a todos.¹⁹
- d) **Notificación:** se debe hacer mediante los medios más eficaces que estén al alcance del juez, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión, esto supone que se empiece a notificar por medio de llamadas telefónicas, correos electrónicos, faxes, etc., aunque no se pueda confirmar la recepción de la notificación.
- e) No son aplicables las normas procesales que tiendan a retardar el ágil despacho.

3. **Trámite, pruebas, resolución y apelación:** Una vez presentada la acción los jueces tienen la obligación de llamar inmediatamente a una audiencia pública y pueden ordenar en cualquier momento la práctica de pruebas y pueden así mismo designar comisiones para recabar las pruebas. Se presumen ciertos lo alegado por la persona accionante cuando la autoridad pública requerida no pueda demostrar lo contrario o no suministra información.

Los jueces deben resolver mediante sentencia, y en caso de que efectivamente exista una violación de derechos, debe declararlos, ordenar la reparación integral, material o inmaterial, y especificar las obligaciones positivas, negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en las que deban cumplirse.

Las sentencias pueden ser apeladas ante la corte provincial y el proceso finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

¹⁹ Ramiro Ávila Santamaría. Desafíos Constitucionales la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Página 102.

4. **Responsabilidad:** Los jueces deben ordenar la destitución del cargo o empleo del servidor o servidora pública que no cumpla la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

Si es un particular quien incumple la sentencia o resolución se hace efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

5. **Jurisprudencia:** Las sentencias ejecutoriadas deben ser remitidas a la Corte Constitucional para su revisión y desarrollo de jurisprudencia.

Sigamos con las garantías más comunes. La acción, establecida en el artículo 87 de la Carta Magna, denominada **Acción de Medidas Cautelares** históricamente se implicaba dentro de la acción de amparo –ahora llamada Acción de Protección- y pretendía evitar una violación, o cesar un acto violatorio de los derechos humanos.

En la Ley Suprema de 1998 esta acción fue llamada recurso de amparo y en otros países la conocen como acción de tutela, sin embargo, en la actual Constitución se ha separado la parte cautelar que suponía tener esta acción y se ha establecido un procedimiento diferente para solicitar medidas cautelares.

Las medidas cautelares de la Carta Fundamental, prevén que se pueden ordenar ya sea conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.²⁰

El nuevo procedimiento de medidas cautelares supone ser un medio más sencillo para proteger la violación de un derecho, no obstante, al ser tratado individualmente, se puede abusar de ellas, pues los jueces están en la obligación de ordenarlas tan solo con la descripción de los hechos atentatorios o violatorios.

²⁰ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Publicada mediante Registro Oficial No.449, del 20 de octubre de 2008. Artículo 87.

La siguiente acción constituida en el artículo 88 de la norma de normas es la **Acción de Protección**, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución.

La interposición de esta acción procede:

- Cuando haya una violación de derechos constitucionales, por actos y omisiones de cualquier autoridad pública no judicial;
- Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o el ejercicio de los derechos constitucionales
- Cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca un daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En la Norma Fundamental de 1998, el daño además de grave debía ser inminente, es decir que debía representar un peligro inmediato, no obstante en la actual carta magna no se habla de la inminencia del daño sino sólo del “daño grave”, posiblemente porque toda violación de los derechos es grave y que el procedimiento de medidas cautelares que se ha establecido en el artículo 87 ayuda a evitar los daños inminentes.²¹

El artículo 89 de la Constitución implanta la garantía jurisdiccional del **Hábeas Corpus** (que traigas tu cuerpo)²², esta fue la primera garantía establecida en nuestro país en el año 1929 y probablemente la primera garantizada dentro de las constituciones a nivel mundial.²³

²¹ Según el criterio del Dr. Hernán Salgado Pesantes.

²² Guillermo Cabanelas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1980, Página 143.

²³ Ramiro Ávila Santamaría. Desafíos Constitucionales la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Página 91.

Su objeto es recuperar la libertad de quien fue privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima por la orden de una autoridad pública o de cualquier persona. También pretende proteger la vida y la integridad física de las personas que han sido privadas de la libertad.²⁴

Tradicionalmente se interponía ante el Alcalde o quien hacía sus veces, sin embargo esto siempre trajo críticas pues el Alcalde es una autoridad política no jurisdiccional.²⁵ La nueva Carta Política, tomando las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cambió esto y actualmente el hábeas corpus se lo puede interponer ante cualquier juez o jueza del lugar donde se haya privado de la libertad, se esté atentando contra la integridad física o contra la vida de los ciudadanos.²⁶

Así se rompió con la discriminación que supuso en años anteriores esta garantía jurisdiccional, pues solo personas que tenían la suficiente influencia política o las llamadas “palancas”, eran atendidas favorablemente por el Alcalde.

Esta garantía contiene el proceso más rápido de todos pues luego de ser interpuesta, la jueza o juez debe convocar a una audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Los jueces tienen veinticuatro horas más para ordenar la libertad inmediata en caso de que la privación haya sido ilegítima o arbitraria.

Igualmente si se verifica cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, se debe disponer la libertad de la víctima. De esta forma se trata de poner un freno a lo que suele suceder en nuestro medio como “medio de investigación policial”.

En el caso de que la orden de libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso (amparo de libertad)²⁷ se debe interponer ante la Corte Provincial de Justicia.

²⁴ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 89.

²⁵ La justificación a esto era que el Alcalde era la autoridad de más fácil acceso por su ubicación física (en el centro de la ciudad), ahora esto ya no tiene sustento.

²⁶ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 89.

²⁷ Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Promulgada mediante el Suplemento del Registro Oficial No. 360, del 13 de enero de 2000. El amparo de libertad está consagrado dentro del artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, y supone que cualquier encausado por un delito contemplado en el Código Penal que se encuentre detenido, puede acudir en demanda de su libertad el Juez Superior de aquel que hubiese dispuesto su privación.

Otra garantía común, se encuentra en el artículo 92 de la Constitución, que habla sobre la acción de **Hábeas Data** (traer los datos)²⁸. Esta fue instaurada en las reformas a la Constitución de 1995 e intenta resguardar los datos e información sobre una determinada persona, es decir, intenta proteger la intimidad.

Cualquier persona puede por sí misma o por medio de un representante legitimado para el efecto, solicitar conocer y acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Las personas tienen derecho a conocer el uso que se haga de esos datos, su finalidad, origen y destino de la información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.²⁹

Si luego de presentada la solicitud a la entidad requerida, ésta no proporciona la información solicitada, se puede acudir al juez o jueza para solicitarla. La persona afectada puede también demandar los perjuicios causados.

Sin duda esta garantía ayuda a los ciudadanos a acceder fácilmente a la información personal que se tenga de ellos por parte de otras personas y a *“tener un control efectivo a la calidad de información”*³⁰ que posean de ellos para poder corregir, anular o suprimir los datos incorrectos, ilegítimos o atentatorios.

La Constitución de Montecristi, estableció tres acciones más:

La **acción extraordinaria de protección** supone ser un recurso o instancia adicional a las establecidas históricamente cuando existen sentencias o autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, que hayan violado por acción u omisión los derechos reconocidos en la

²⁸ Carlos Salmón Alvear. Régimen Procesal del Hábeas Data en el Ecuador. Internet. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=506&Itemid=29. Acceso: 12 de julio de 2010.

²⁹ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 92.

³⁰ Maritza Guaderrama. Registros, Claves y Datos Sensibles. Internet: www.microsoft.com/business/smbles-es/internet/registros_claves.mspx. Acceso: 13 de julio de 2010.

Constitución o el debido proceso, siempre que se haya comprobado que se han “agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”³¹.

La **acción de acceso a la información pública** es la siguiente garantía. Tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a la información pública cuando ha sido denegada, expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no está completa o es fidedigna. No importa que la información tenga la clasificación de secreta, confidencial o reservada, pues el carácter de reservado debe ser declarado con anterioridad a la petición por la autoridad competente y de acuerdo a la ley.³²

La tercera garantía fundada en Montecristi es la que revisaremos con detenimiento en el segundo capítulo y siguientes.

³¹ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94.

³² Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 91.

1.3. Violación por acción y violación por omisión

Los derechos garantizados en las constituciones de los Estados generalmente pueden ser afectados por acción o por omisión.

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, la palabra **acción** proviene del latín “*agere que significa hacer, obrar o es el efecto o resultado de hacer*”³³.

Se dice que existe la violación por acción cuando una persona particular, agente del estado o institución, hace o dice algo en perjuicio de otra persona quebrantando una ley o mandato (o en este caso, derechos constitucionales). Esta afectación permite exigir su reparación, cesación, y eventualmente una consecuencia punitiva si la conducta llegara a constituir un delito. La reparación debe ser reclamada ante los órganos encargados de la justicia constitucional.³⁴

En cuanto a la omisión, Cabanellas la define como la “*abstención de hacer; inactividad, quietud o como la falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa*”³⁵.

La violación de un derecho por omisión se concreta cuando una persona, agente del estado o una institución, que tienen el deber de respetar los derechos dejan de tomar medidas frente a situaciones que requieren su intervención por así establecer la ley.

La violación por omisión se da por parte de instituciones del Estado o por autoridades públicas, en tanto se muestran indiferentes ante situaciones urgentes, o ante la aplicación de normas que integran el sistema jurídico en forma total o parcial, o el cumplimiento de

³³ Obra citada. Diccionario Jurídico Elemental. Página 7.

³⁴ Rainer Hule. La Violación de los Derechos Humanos ¿Privilegio de los Estados? Internet. <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>. Acceso: 15 de julio de 2010.

³⁵ Obra citada. Diccionario Jurídico Elemental. Página 224.

sentencias, o informes de organismos internacionales de derechos humanos. Este tipo de violación por omisión puede ser solucionado por los jueces constitucionales mediante la toma de medidas o inclusive la orden de ejecutar el acto omitido de manera provisional, si dentro de un “*plazo razonable*”³⁶ o dentro del plazo establecido en la Constitución, los agentes del estado no han observado de manera parcial o total, los mandatos contenidos en normas constitucionales³⁷.

La responsabilidad en las violaciones de derechos la tienen tanto las personas que explícitamente han participado del acto o hecho, así como a aquellas que no han participado cuando su deber era hacerlo. En tal virtud, la norma fundamental establece tanto la acción violatoria como la omisión de derechos constitucionales pueden ser objeto de una acción de garantías jurisdiccionales.

La acción por incumplimiento, que desarrollaremos más adelante, justamente tiene por objeto garantizar que las normas que integran el sistema jurídico, los actos administrativos y que las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos que está mandado a cumplir el Estado o algún agente de éste y que por su omisión no ha sido cumplido, sean ejecutados sin más dilaciones.

En la actualidad, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación extensiva sobre el alcance de la norma y afirma que no solo se trata de sentencias e informes de organismos internacionales sino de todo tipo de sentencias y la ha mezclado con la facultad establecida dentro del numeral nueve del artículo 436 de la Norma Fundamental, que habla del cumplimiento de dictámenes y sentencias constitucionales.

No se entiende qué competencia puede tener la Corte Constitucional respecto de los dictámenes constitucionales y las sentencias porque ésta no tiene la facultad de emitir dictámenes y sentencias, sino resoluciones. Queda la pregunta ¿En qué manera puede entrar a revisar una acción de incumplimiento de sentencias constitucionales?

³⁶ No se indica en ningún lugar cuál es el plazo razonable que se debe esperar del cual también habla la Constitución en el artículo 436 numeral 10.

³⁷ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436, numeral 10.

1.4. Las sentencias e informes de los organismos internacionales de derechos humanos.

Las principales organizaciones internacionales de Derechos Humanos nacieron en la década de los años cincuenta, como fruto de las reflexiones de los países que habían participado en las guerras mundiales en el continente europeo. El objetivo de estas generalmente es desarrollar y velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos dentro de los Estados que son parte.

Estas organizaciones tienen competencia para participar en las relaciones jurídicas de responsabilidad internacional que surgen ante el incumplimiento de una obligación internacional. Su participación puede ser tanto activa como pasiva.³⁸

La estructura orgánica de cada organización internacional se da en el tratado de su constitución que es fruto de un largo debate entre los países que lo firman y aprueban. El Estatuto determina sus declaraciones, principios, funciones, misiones, órganos administrativos, de decisión y de control y entre éstos los de control financiero; de control político y de control judicial.

Para el control jurídico suelen crearse órganos permanentes que se encargan de la resolución de los conflictos. El control puede ser hecho a las relaciones que tiene la organización con sus agentes, a relaciones que existen entre los estados, a los órganos de la organización e incluso a las personas naturales y jurídicas. Sin embargo, estos órganos de control no tienen jurisdicción obligatoria si es que los estados no han manifestado previamente su consentimiento de cumplir con sus resoluciones, sus actos de derecho pueden producir efectos jurídicos solo si el estado es parte del organismo internacional.

³⁸ Cuando un estado ha ratificado su participación dentro del organismo internacional de Derechos Humanos.

No existe una definición exacta de lo que es una sentencia internacional. Según Guillermo Cabanellas, la sentencia es un *“dictamen, opinión, parecer propio.”*³⁹ Ahora, es fácil establecer que las **sentencias, fallos, decisiones o resoluciones** que emiten los órganos judiciales de los organismos internacionales de derechos humanos, son expresiones formales del parecer del organismo y del cumplimiento de los derechos fundamentales, motivados, obligatorios, concluyentes e ineludibles.⁴⁰

El primer órgano judicial internacional, fue establecido en 1946 dentro del seno de la Naciones Unidas. El también llamado Tribunal Internacional de Justicia, se encarga de resolver las disputas que le sean sometidas por los Estados miembros a través de sentencias y también emite dictámenes u opiniones consultivas que responden cuestiones jurídicas planteadas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia son vinculantes, inapelables y finales, por lo que los Estados miembros están obligados a observarlas. En caso de incumplimiento, los Estados pueden recurrir ante el Consejo de Seguridad, quien puede hacer recomendaciones o dictar medidas con el fin de que se cumpla lo sentenciado.⁴¹

La Corte termina el procedimiento con la emisión de una sentencia pero si el fallo no contiene una opinión unánime de los jueces, éstos están facultados a que se añada al fallo su opinión individual.

³⁹ Obra citada. Diccionario Jurídico Elemental. Página 292.

⁴⁰ Jorge Castañeda. Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas. México D.F., Ed. Colegio de México, 1967. Página 13.

⁴¹ Reinaldo Galindo Pohl. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el Conflicto entre Salvador y Honduras.

Internet. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt11.pdf>. Acceso: 01 de agosto de 2010.

Los Estados sólo pueden interponer revisión del fallo hasta dentro del término de 6 meses posteriores al descubrimiento de un hecho que pudo haber sido factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, hubiera sido desconocido por la Corte y de la parte que solicita la revisión, siempre que ese desconocimiento no sea por negligencia.

El 21 de diciembre de 1945⁴² el Ecuador pasó a ser miembro de la Organización de Naciones Unidas, con lo que las sentencias que sean emitidas por el Tribunal Internacional de Justicia en cuestiones que involucren al Estado ecuatoriano son de cumplimiento obligatorio.

Con el fin de proteger los Derechos Humanos en América Latina, el 18 de julio de 1978 entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, redactada por los delegados de los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

El tratado es obligatorio para los Estados que lo ratificaron y los órganos competentes para el conocimiento de las violaciones a los derechos del hombre son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴³

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, creó en primer lugar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos a través de varios mecanismos uno de los cuales es mediante la redacción de informes en el que se exponen los hechos y conclusiones en el caso de que cualquiera de los estados partes de la Organización de Estados Americanos, alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra la Convención y de no haber llegado a una solución a ésta dentro del plazo que fija el Estatuto de la Comisión. El informe puede representar, en todo o en parte, la opinión

⁴² Centro de Información de la Naciones Unidas. Miembros de las Naciones Unidas. Internet. <http://www.cinu.org.mx/onu/miembros.htm>. Acceso: 03 de agosto de 2010.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Historia. Internet. <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>. Acceso: 02 de agosto de 2010.

unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos puede agregar a dicho informe su opinión por separado.

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.*⁴⁴

El Ecuador, al haber ratificado la convención el 12 de agosto de 1977⁴⁵, está obligado al cumplimiento de sus sentencias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede conocer los casos luego de que se hayan agotado todos los procedimientos o recursos internos de los estados partes.

Cuando existen grupos, entidades o personas que no tienen capacidad para imponer ante la Corte las demandas por no ser estados, se puede recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien es la encargada de llevar el problema ante la Corte, siempre que el Estado que es materia del asunto haya aceptado su competencia.

Los jueces también están facultados a que se agregue al fallo su opinión si es que el fallo no ha tenido una opinión unánime. Las partes que no se encuentren de acuerdo con el fallo, pueden solicitar la interpretación de la Corte dentro de los noventa días siguientes a la fecha de notificación del fallo.

Dentro de los órganos internacionales, encontramos también a la Comunidad Andina de Naciones, cuyo órgano Jurisdiccional supranacional es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Este es un organismo dedicado a la promoción de la integración económica y a sancionar faltas que afectan a ese proceso, pero no cubre el área de derechos humanos.

⁴⁴ *Ibídem.*

⁴⁵ Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. B-32: Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Acceso: 02 de agosto de 2010.

En cuanto a los **informes de los organismos internacionales de derechos humanos**, tampoco existe una definición exacta, sin embargo intentaré realizar una en base a lo establecido en los documentos constitutivos de algunos organismos.

Según el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un **informe** de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.*⁴⁶

En igual sentido, en la Carta de las Naciones Unidas se pueden encontrar varios artículos que se refieren a informes anuales y especiales de los diferentes órganos de este organismo. Así por ejemplo veamos lo que indican los artículos 15, 24 y 62:

Artículo 15.-

*1. La Asamblea General recibirá y considerará **informes anuales** y especiales del Consejo de Seguridad. Estos informes **comprenderán una relación de las medidas** que el Consejo de Seguridad haya decidido aplicar o haya aplicado para mantener la paz y la seguridad internacionales.*

2. La Asamblea General recibirá y considerará informes de los demás órganos de las Naciones Unidas.

Artículo 24.-

1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII.

⁴⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatuto. Internet: <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>. Acceso: 03 de agosto de 2010.

3. El Consejo de Seguridad presentará a la Asamblea General para su consideración **informes anuales** y, cuando fuere necesario, informes especiales.

Artículo 62.-

1. El Consejo Económico y Social podrá hacer o iniciar estudios e **informes** con **respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados integrados.**⁴⁷ (Las negritas son mías)

De la lectura de los citados artículos podemos concluir que los **informes de los organismos internacionales** son exposiciones, descripciones contenidas en un documento que tienen el propósito de comunicar, advertir, anunciar, notificar, orientar, sugerir, recomendar sobre la aplicación de normas o sobre la situación actual de asuntos de importancia dentro de los organismos internacionales, generalmente tienen que ver con el cumplimiento de los derechos en los países de la organización.

La nueva garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento, tiene como objeto exigir el cumplimiento de sentencias e informes emitidos por estos organismos internacionales de derechos humanos, de los cuales es parte el Ecuador.

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. Internet. <http://www.un.org/es/documents/charter/>. Acceso: 09 de agosto de 2010.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

1.5. Finalidad y objeto de la acción. Su alcance.

El 20 de octubre, mediante la publicación del Registro Oficial No.449, entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador y con ella una nueva institución garantista, la acción por incumplimiento. La Ley de Garantías Constitucionales y de Control Constitucional, publicada el 22 de octubre de 2009, mediante Registro Oficial No.52, ha sido la encargada de desarrollarla y especificarla.

El artículo 93 de la Carta Magna prescribe:

*La acción de incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.*⁴⁸

2.1.1 Competencia

El numeral quinto del artículo 436, reafirma como una de las atribuciones de la Corte Constitucional, el:

*Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.*⁴⁹

⁴⁸ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 93.

⁴⁹ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador., Artículo 436, numeral 5.

Como se observa, la competencia es restrictiva y la posee la justicia constitucional. Dentro de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución, esta es la única que tiene una sola instancia y se presenta directamente a la Corte Constitucional.

De la misma manera, el numeral 8, literal a) del artículo 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, emitido mediante Registro Oficial No. 127, del 10 de febrero de 2010, establece como competencia de la Corte Constitucional; *“Conocer y resolver las acciones de Garantías Jurisdiccionales de los derechos, en los siguientes casos: a) Acción de Incumplimiento”*.

2.1.2 Finalidad u objeto

De la lectura de los artículos antes citados, así como del artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, extraemos fácilmente que la **finalidad u objeto** de esta garantía, es aplicar las normas o actos administrativos de carácter general⁵⁰, sin importar su naturaleza o jerarquía y perseguir el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que contienen una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible y que no puedan ser ejecutados por las vías judiciales ordinarias⁵¹.

Mediante esta acción, cualquier persona, sea natural o jurídica, pueden acudir ante la justicia constitucional para exigir el cumplimiento de un deber que nace de un acto, una ley o una sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos y que ha sido omitido por la autoridad o particular.

En el segundo inciso del artículo 52 de la referida Ley Orgánica, se habla del objeto y ámbito de la acción por incumplimiento, confundiendo al ámbito con lo que sigue siendo el objeto.

⁵⁰ Siempre entenderemos como actos normativos. Cabe indicar también que la única norma que habla de actos administrativos con efectos generales es el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución.

⁵¹ Se entienden como vías judiciales ordinarias a aquellas que no son constitucionales.

La finalidad es el objetivo, el resultado que tiene una cosa o la materia de la que trata⁵², mientras que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el ámbito es el *“Contorno o perímetro de un espacio o lugar; el espacio comprendido dentro de límites determinados; o espacio ideal configurado por las cuestiones y los problemas de una o varias actividades o disciplinas relacionadas entre sí”*⁵³.

⁵² Obra citada. Diccionario Jurídico Elemental. Página 219.

⁵³ Real Academia Española. Ámbito. Internet.
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ambito. Acceso: 24 de agosto de 2010.

1.6. Elementos de la acción por incumplimiento

2.2.1 Procedibilidad

Parece que los legisladores al hablar del ámbito quisieron referirse a los casos concretos de procedibilidad de la acción, que son las acciones u omisiones de las autoridades o particulares que incumplan con las normas, sentencias, decisiones o informes que contienen una obligación⁵⁴ de hacer⁵⁵ o no hacer⁵⁶, clara, expresa y exigible.

Sigamos con lo que determina el artículo 54 de la Ley Orgánica. En este se habla sobre el reclamo previo que debe haber para que se configure el incumplimiento. La persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad debe reclamar previamente el cumplimiento de la obligación a quien deba hacerla y si luego de él se mantiene el incumplimiento o no se contesta el reclamo en el término de cuarenta días, se configura el incumplimiento. Como lo veremos más adelante esta norma hace perder todo el sentido de la acción de incumplimiento.

2.2.2 Requisitos de procedibilidad

Siguiendo con los artículos de la Ley Orgánica, el número 55 repite y añade otros requisitos a los establecidos en el artículo 10 de la precitada Ley sobre el contenido de la demanda.

⁵⁴ Ecuador. Código Civil Ecuatoriano. Promulgado mediante Registro Oficial No.46, del 24 de junio de 2005. Recordemos lo que dice el artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano sobre las obligaciones, "Artículo 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

⁵⁵ La obligación de hacer, es aquella que consiste en llevar a cabo una determinada actividad.

⁵⁶ La obligación de no hacer, es aquella que exige una actividad pasiva o conducta negativa de parte del deudor.

Como toda demanda, se debe iniciar con la identificación de la persona accionante, luego se debe determinar la norma, sentencia o informe del cual se requiera el cumplimiento, señalando la obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Se debe también señalar la persona natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento, adjuntando una prueba del reclamo previo y además hacer una declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión. Sobre esto, el artículo 23 de la Ley indica que los jueces pueden disponer de sus potestades correctivas y coercitivas de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial a quien abuse del derecho e interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas. Tanto los peticionarios como los abogados, responden civil o penalmente si las solicitudes son de mala fe o desnaturalizan el objetivo de la acción. De igual forma, el Consejo de la Judicatura puede imponer las sanciones respectivas.

Por último, la demanda debe indicar el lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

Como dijimos, este artículo se complementa con el artículo 10 de la Ley Orgánica, por lo que también se requieren los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, órgano o entidad accionada; el lugar donde se debe notificar al accionado y si fuera del caso, se puede solicitar medidas cautelares.

Según el artículo 5 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial No.127 del 10 de febrero de 2010, la demanda y demás documentos relacionados deben ser presentados ante la oficina de documentación de la Secretaría General o en las Oficinas Regionales de la Corte Constitucional –en cuyo caso deberán remitir a la Secretaría general dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción, haciendo constar la razón de recepción, hora, fecha, lugar y funcionario responsable, debidamente foliada y con indicación de los anexos, cuando los hubiere- quien es la encargada de registrar las demandas . Ésta acción, al igual

que la Extraordinaria de Protección, son las únicas que son de única instancia, pues se presentan directamente a la Secretaría General de la Corte Constitucional y no ante el juez o jueza de primera instancia; en cuyo caso, la sentencia podía ser apelada ante la Corte Provincial.

La secretaria lleva un registro de las demandas y elabora una ficha que debe contener al menos los siguientes datos:

- Número de expediente
- Fecha y hora de recepción
- Legitimado activo, legitimado pasivo y terceros interesados
- Pretensión jurídica
- Información en relación a otras demandas o solicitudes con identidad de sujeto, objeto o acción
- Identificación de plazos constitucionales y legales para resolver, cuando corresponda.

La tramitación de esta acción se encuentra normada en el artículo 7 del Reglamento, según el cual el Secretario General dispone de seis días, contados a partir de la recepción de la demanda y documentos, para realizar el ingreso, registro y remitir la misma a las diferentes Salas de la Corte.

El siguiente artículo del Reglamento especifica que:

Los plazos y términos a los que se refiere la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se aplican a la fase de impulsión judicial que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte.

La Sala de Admisión, debe observar que las demandas contengan de manera clara la pretensión, casilla judicial, constitucional o dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones; así como la firma o huella digital del accionante. Posteriormente la Sala

realiza un sorteo entre los integrantes de la misma para establecer el juez ponente de los autos de admisibilidad.

La causa sorteada se remite al juez ponente, quien debe elaborar una ponencia de admisión y lo remitirá a la Secretaría General para la resolución de la Sala de Admisión.

Los proyectos de providencia presentados, son conocidos por la Sala de Admisión, la misma que debe pronunciarse admitiendo, inadmitiendo, rechazando o disponiendo que se complete o aclare la demanda, en el término de cinco días, bajo prevención de rechazo y archivo.

2.2.3 Improcedibilidad

Las causales de inadmisión están previstas en el artículo 56 de la referida ley, mismas que son:

- *Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.*
- *Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.*
- *Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”*
- *Si no se cumplen los requisitos de la demanda.*⁵⁷

No obstante, el segundo inciso del artículo 12 del Reglamento antes referido, indica que la inadmisión procede cuando la demanda no cumpla con los requisitos exigidos, y siempre que no sean subsanables. En el caso de que si puedan subsanarse, se debe indicar con precisión los requisitos incumplidos para que se puedan corregir.

⁵⁷ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 57 numeral 1.

La demanda puede ser rechazada según este artículo en los siguientes casos:

- *Cuando la Corte carezca de competencia.*
- *Cuando la demanda se presente por fuera de los términos previstos en la ley.*
- *Cuando no se corrija o complete la demanda dentro del término de cinco días, concedido para el efecto.*

De la decisión de la Sala de Admisión no cabe recurso alguno y la misma causa ejecutoria.

En caso de considerar admisible la demanda, según el artículo 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se debe inmediatamente designar mediante sorteo en sesión del Pleno al sustanciador y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notifica a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a la suscripción del auto mediante el cual se notifica por parte del juez ponente. La audiencia se debe realizar en el término de dos días, ante la jueza o juez sustanciador.

El juez deberá enviar a la Secretaría General el proyecto de sentencia para que sea conocido y resuelto por el Pleno de la Corte, para el efecto el Secretario General debe notificar a las partes con la recepción del proceso, señalando que pasará a conocimiento y resolución del Pleno.

Como vemos, esta garantía tiene un proceso especial de presentación y calificación, pues no se sigue lo que reza el artículo 13 de la Ley, sobre la calificación de la demanda, sino lo establecido en el artículo 57 de la misma y el Reglamento de sustanciación.

2.2.4 Trámite

Luego de que ha sido admitida la demanda y notificada la persona accionada, se realiza la audiencia, en la cual la persona accionada comparece, contesta la demanda y debe presentar las pruebas y justificativos que considere pertinentes. Recordemos que la

audiencia es pública⁵⁸ y se lleva a cabo bajo la dirección de la jueza o juez el día y hora señalado. Dentro de esta pueden intervenir tanto la persona afectada como la accionante, si es que no fuera la misma persona. Los jueces, para mejor resolver, pueden escuchar a otras personas o instituciones.

La audiencia comienza con la intervención del legitimado activo o persona afectada, quien debe demostrar en lo posible el daño y los fundamentos de la acción; luego el legitimado pasivo debe contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Los dos tienen derecho a la réplica y la última intervención será por parte del accionante. Todos los participantes tienen hasta treinta minutos para hablar, de los cuales veinte son para intervenir y diez para ejercer el derecho de réplica. Los terceros interesados intervendrán por diez minutos si la jueza o juez los autoriza.

Los jueces tienen la facultad de hacer todas las preguntas necesarias que les ayuden a esclarecer el caso y resolverlo. De igual forma pueden controlar la actividad de las partes y deben evitar dilaciones.

Cuando la jueza o juez haya formado su criterio sobre la violación de los derechos, terminará la audiencia y debe dictar sentencia en forma verbal dentro de la misma audiencia. La sentencia será notificada por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.⁵⁹ Si los jueces no tuvieran los suficientes elementos necesarios para resolver y creen necesario la práctica de pruebas, pueden suspender la audiencia y señalar nuevo día y hora para continuarla.

Es pertinente traer a la memoria que según el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, en concordancia con el artículo 16 de la Ley Orgánica se presumen *“ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o*

⁵⁸ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 14.

⁵⁹ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 15, numeral 3.

no suministre la información solicitada". No obstante, en esta acción en particular, la carga de la prueba corre a cargo del accionante y no del accionado.

En caso de que existan hechos que deban justificarse, se puede abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dicta sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elabora el proyecto de sentencia y el pleno dicta sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.

2.2.5 Contenido de la sentencia

Sobre el contenido de la sentencia, nos habla el artículo 17 de la Ley Orgánica y nos indica que debe contener al menos lo siguiente:

- **Antecedentes:** con la identificación de la persona afectada y del accionante, en el caso de que no sea la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos y omisiones se interpuso la acción.
- **Fundamentos de hecho:** con la relación de los hechos probados relevantes para la solución.
- **Fundamentos de derecho:** con la argumentación jurídica que sustente la resolución
- **Resolución:** con la declaración de la violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar. Según el inciso tercero del artículo 18 de la misma Ley, se debe hacer expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del legitimado pasivo de la decisión judicial y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que deben cumplirse.

Si no existe una violación del derecho, la jueza o juez debe cumplir con los elementos que sean aplicables.

Los jueces están llamados a modular los efectos de las sentencias según el artículo 5 de la mencionada Ley, lo que significa que deben regular los efectos en el tiempo, en el espacio y la materia, para así garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

De igual modo, deben resolver las causas según los principios para el ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 11⁶⁰ de la Norma Fundamental y los de justicia constitucional que se encuentran dentro del artículo 2⁶¹ de la Ley. Además, en todo momento se deben aplicar los principios procesales determinados en el artículo 4⁶² y los métodos y reglas de interpretación constitucional a los que se refiere el artículo 3 de la referida Ley⁶³.

Según el artículo 26 del Reglamento, las sentencias deben ser expedidas con el voto conforme de por lo menos cinco integrantes del Pleno. Los votos pueden ser a favor, salvados o concurrentes. De las sentencias se puede solicitar aclaración o ampliación en el término de tres días contados a partir de su notificación. El juez dispone de un término no mayor de cinco días para elaborar un proyecto de providencia, para el conocimiento y resolución del Pleno.

En ningún momento se puede dictar actos posteriores que afecten el fallo.

Cabe recordar que según el artículo 86 de la Carta Magna, relacionado a las reglas comunes y el artículo 31 del Reglamento, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional deben ser publicadas en el Registro Oficial dentro del término de diez días posteriores a la recepción de los votos salvados o concurrentes por parte de la Secretaría General. El

⁶⁰ Derechos de igualdad, informalidad, interpretación favorable constitucional, progresividad, responsabilidad del Estado, entre otros.

⁶¹ Algunos de los principios de la justicia constitucional establecidos en el artículo 2 de la Constitución son: aplicación más favorable a los derechos, obligatoriedad del precedente constitucional, obligatoriedad de administrar justicia constitucional.

⁶² Adicionalmente, el Art.4. de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como algunos de los principios procesales de la justicia constitucional los siguientes: Debido proceso, gratuidad, impulso de oficio, formalidad condicionada, motivación, comprensión efectiva economía procesal, concentración, celeridad, saneamiento, publicidad, subsidiaridad, etc.

⁶³ Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Director del Registro Oficial debe publicar las mismas en el término de tres días de haberlas recibido.

2.2.6 Desistimiento y allanamiento

Es posible que el procedimiento termine mediante auto definitivo que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento. El artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, nos indica que la persona afectada puede desistir en cualquier momento por motivos de índole personal que deben ser valorados por los jueces. El desistimiento es tácito si la persona afectada no comparece a la audiencia sin causa justa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de que exista un desistimiento, se archiva el expediente.

En cuanto al allanamiento el numeral dos del mismo artículo, norma que el legitimado pasivo puede hacerlo en cualquier momento, hasta antes de que se expida la sentencia. Éste puede ser total o parcial; pero en los dos casos los jueces deben declarar la violación del derecho y la forma de reparar la violación. El acuerdo reparatorio debe ser aprobado mediante auto definitivo y las partes pueden acordar sobre las formas y modos de reparación. Cuando el allanamiento es parcial, el procedimiento sigue en lo que no hay acuerdo. Tanto el auto definitivo que aprueba el allanamiento como el acuerdo reparatorio no pueden ser apelados.

El último inciso del numeral segundo del artículo 15, intenta proteger a todas las partes, al decir que no se admitirá el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio si éstos implican afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestos injustos.

2.2.7 Reparación Integral

Uno de los artículos más importantes de la Ley, es el 18 que se refiere a la reparación integral en el caso de que se declare la vulneración de derechos, pues como hemos establecido anteriormente, la finalidad de las garantías jurisdiccionales es la protección a los

derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de forma eficaz e inmediata.

El legislador quiso proteger de la mejor manera posible a las personas afectadas en sus derechos y por eso ha contemplado la reparación integral sea material o inmaterial. La reparación integral supone que *“la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.”*⁶⁴

Las formas de reparación son, entre otras:

- La restitución del derecho
- La compensación económica o patrimonial: en cuyo caso, según el artículo 19 de la Ley Orgánica, la determinación del monto se debe tramitar en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si la acción va dirigida hacia un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuera en contra del Estado. De estos juicios se puede interponer recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.

Nuevamente vemos como la esencia de las garantías jurisdiccionales es violada con esta norma, pues después de que el ciudadano ha concurrido a la justicia constitucional para obtener la protección de sus derechos, no es concebible que se le obligue a ir a las vías ordinarias para la resolución de la misma cuestión y hacer más largo a proceso.

- La rehabilitación
- La satisfacción
- Las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar
- Las medidas de reconocimiento

⁶⁴ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 18.

- Las disculpas públicas
- La prestación de servicios públicos
- La atención de salud

La reparación debe ser tratada de ser posible en la misma audiencia, pero si los jueces consideran pertinente, se puede convocar a las partes a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación. La nueva audiencia debe realizarse dentro del término de ocho días.

2.2.8 Responsabilidad del Estado

En el caso de que exista responsabilidad del Estado o de una persona particular, el artículo 20 ibídem señala que, en el primer caso, la jueza o juez debe remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que ella inicie las acciones administrativas correspondientes, y también a la Fiscalía General del Estado en el caso de que se haya desprendido que la violación de derechos ha sido por una conducta tipificada como delito. En el caso de que no se conozca la identidad de la o las personas responsables, los jueces deben remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que ésta determine sus identidades.

Queda claro que la reparación de los derechos violados y la responsabilidad estatal son muy importantes de determinar dentro de las acciones jurisdiccionales; sin embargo, dentro de la acción que nos compete analizar, sería suficiente que los jueces se remitan a obrar según lo que determina el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es, *“emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer de la Policía Nacional”*.

2.2.9 Cumplimiento

Durante la fase de cumplimiento determinado en el artículo 21 de la ley mencionada, se determina que la jueza o juez puede expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso puede evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, puede modificar las medidas.

La jueza o juez también puede delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos a su vez, pueden deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada debe informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archiva sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio, toda vez que la finalidad de esta institución garantista es justamente el cumplimiento de normas, sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

2.2.10 Violación procesal

La Ley también considera el caso de que haya una violación procesal dentro del trámite de las garantías jurisdiccionales o del incumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio, en cuyo caso los jueces deben seguir las reglas establecidas en el artículo 22, para sancionar a la persona o institución que ha incumplido.

Si por otra parte, las violaciones al trámite son hechos por parte de los jueces, el perjudicado puede presentar una denuncia ante la autoridad correspondiente del Consejo de la Judicatura, igualmente de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial

Si por su parte, los funcionarios del estado incumplen una sentencia o acuerdo reparatorio, los jueces deben ordenar el inicio del procedimiento para su eventual destitución. El servidor que lo remplace debe cumplir con el fallo bajo las mismas prevenciones.

En el caso de que el incumplimiento sea de parte de servidores públicos judiciales o de acciones u omisiones durante el trámite, el Consejo de la Judicatura es el responsable de proceder de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, al ser considerado esto como una falta gravísima.

2.2.11 Daños en el incumplimiento

Si el incumplimiento provoca daños, los mismos jueces deben sustanciar el incidente de daños y perjuicios en un procedimiento sumario en contra de la persona responsable, sea particular o pública, y la cuantía debe ser cobrada mediante apremio real.

1.7. Titular de la acción y demandado

2.3.1 Legitimación activa

La legitimación activa de este tipo de garantía, siguiendo el artículo 9 de la Ley Orgánica y el artículo 86 numeral 1 de la Constitución, la tiene:

- Cualquier persona;
- Comunidades, pueblos, nacionalidades o el colectivo, vulnerados o amenazados en uno o más de sus derechos constitucionales;
- Quienes pueden actuar a través de un representante o apoderado; y
- El Defensor del Pueblo, considerando que es éste quien debe velar por el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.

De igual forma, según el artículo 12 *ibídem*:

- Cualquier persona o grupo de personas, naturales o jurídicas que tenga interés directo en el proceso, puede adherirse a ésta antes de que se expida la resolución, presentando un escrito de “amicus curiae”.⁶⁵

2.3.2 Legitimación pasiva

Sobre la legitimación pasiva de la acción por incumplimiento, el artículo 53 del cuerpo normativo antes citado, indica que puede ser en contra de:

- Toda autoridad pública;
- Personas naturales; y
- Personas jurídicas particulares, cuando éstas actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas o presenten servicios públicos.

⁶⁵ Wikipedia. Amicus Curiae. Internet.http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae. Acceso: 22 de noviembre de 2010. “Amigo de la corte o el tribunal”, es un instituto procesal que permite que terceras personas ajenas a un conflicto, aporten voluntariamente con su opinión, con el objetivo de colaborar con la decisión de la corte o tribunal.

Lo siguiente lo hemos dejado separado de la legitimación pasiva, pues resulta interesante y novedoso por no decir otra cosa. Este artículo prescribe que la acción por incumplimiento también procede contra particulares en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de los organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Como vimos en el primer capítulo, las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales tienen efectos sólo para los Estados que son parte de estos organismos, por haber ratificado las convenciones; de ahí que no se explica cómo se pretende que una sentencia, decisión o informe de un organismo internacional tenga efectos para una persona particular. Más tarde desarrollaremos un poco más esto.

La ausencia del legitimado pasivo no impide que la audiencia se realice; sin embargo, la no comparecencia de la persona accionante o afectada, se puede considerar como desistimiento. Si no es necesaria la presencia de la persona afectada para probar el daño, la audiencia sigue su curso con la presencia del accionante.

1.8. Caducidad de la acción

La norma no habla de la caducidad de esta acción, pero podemos decir que la acción por incumplimiento puede intentarse en cualquier tiempo salvo que de la solicitud hecha a la autoridad o persona que haya omitido cumplir el acto, norma, sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos, ésta sea aceptada o cuando su cumplimiento se pueda solicitar por otra vía.

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL PERÚ Y EN COLOMBIA

1.9. Generalidades de la acción de cumplimiento peruana

“La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”⁶⁶, de esta forma la Constitución peruana de 1993, en su artículo 200, numeral 6, determinó como un instrumento de protección constitucional, a la bien llamada **Acción de Cumplimiento**.

3.1.1 Competencia

El artículo 202 de la Carta Magna peruana establece que la Corte Constitucional es la encargada de *“Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”⁶⁷*.

De igual forma, el Código Procesal Constitucional del Perú o Ley No.28237, del 2 de mayo de 1994, publicada en el registro oficial “El Peruano” el 3 de mayo del mismo año, reguló en el artículo 6 en concordancia con la Disposición Final Tercera, que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son los encargados del conocimiento de los procesos constitucionales.

Por su parte, el artículo 51 del mismo cuerpo legal, establece que el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección

⁶⁶ Perú. Constitución de la República de Perú. Internet <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acceso: 31 de enero de 2011.

⁶⁷ Ibídem.

del demandante⁶⁸, es el competente para conocer el proceso de cumplimiento. *“No se admite la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado”*⁶⁹.

El mismo artículo señala claramente que si la afectación de derechos proviene de una resolución judicial, será competente uno de los miembros de la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, quien debe verificar los hechos detallados al presunto agravio. Esto quiere decir que contra el fallo del juez de primera instancia, procede el recurso de apelación ante la Corte Superior, dentro de los tres días de notificada la sentencia.

La acción de cumplimiento denegada en segunda instancia, pasa a conocimiento del Tribunal Constitucional, en recurso excepcional. El plazo para interponer el mismo es de quince días posterior a la notificación de la sentencia que niega la acción de cumplimiento en la Corte Superior respectiva.

3.1.2 Finalidad u objeto

El artículo 66 del Código Procesal Constitucional peruano, claramente define 2 objetos de la acción de cumplimiento en el siguiente orden:

Ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1. Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*
- 2. Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento*⁷⁰.

⁶⁸ Si existiese malicia o temeridad al momento de la elección del juez por la parte demandante, se imponen multas, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público para que éste a su vez proceda con arreglo a sus atribuciones.

⁶⁹ *Ibíd*em, artículo 51.

⁷⁰ Perú. Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237. Internet. http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html. Acceso: 7 de febrero de 2011.

De igual manera, el artículo II del Título Preliminar, en concordancia con el artículo 1 del Título I de la misma ley, establecen como fin de este proceso constitucional, al igual que los demás establecidos en la Constitución peruana, garantizar la primacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos establecidos en ella disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Sin duda, la finalidad de esta acción es proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

3.1.3 Procedibilidad

Según el artículo 2 del Código de Procedimiento Constitucional, la acción de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

3.1.4 Requisitos de procedibilidad

El único requisito de procedibilidad que establece el artículo 69 del Código respecto a los procesos de cumplimiento, es que el demandante haya reclamado previamente, el cumplimiento de la norma legal o del acto administrativo y que la autoridad permanezca renuente de cumplir o no haya contestado dentro de los diez días hábiles⁷¹ siguientes a la presentación de la solicitud.

Este artículo también declara expresamente que no es necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

No obstante, de este único requisito establecido en la ley, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que además de que se verifique la renuencia de la autoridad o funcionario público, se debe evaluar que el acto administrativo cuyo cumplimiento se persigue, sea:

⁷¹ El Código habla de días útiles, que los entendemos según la doctrina peruana, como los días hábiles

- *Un mandato vigente.*
- *Un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.*
- *No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.*
- *De ineludible y obligatorio cumplimiento.*
- *Incondicional.*⁷²

Excepcionalmente, puede tratarse un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Para el caso de cumplimiento de actos administrativos, adicionalmente se debe:

- *Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.*
- *Permitir individualizar al beneficiario.*⁷³

3.1.5 Improcedibilidad

La acción de cumplimiento no procede en 8 casos concretos, fijados en el artículo 70 del Código Procesal Constitucional:

- *Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;*
- *Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;*
- *Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;*

⁷² Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia Vinculante del Tribunal Constitucional No.168-2005-PC/TC. Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00168-2005-AC.html>. Acceso: 13 de febrero de 2011.

⁷³ *Ibídem*.

- *Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;*
- *Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;*
- *En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;*
- *Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y,*
- *Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.⁷⁴*

No obstante de éstas causales, existen otras dentro del artículo 5 del mismo cuerpo legal, que trae las siguientes disposiciones aplicables generales para los procesos constitucionales:

- *Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;*
- *Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;*
- *El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;*
- *No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;*
- *A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;*
- *Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;*
- *Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;*

⁷⁴ Obra citada. Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237, artículo 70.

- *Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;*
- *Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.*⁷⁵

El artículo 48 del cuerpo normativo invocado, establece que si el juez declara inadmisibile la demanda, concede tres días al demandante para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

3.1.6 Legitimado activo

El artículo 67 del Código, confirma que la titularidad para ejercer esta acción la tiene cualquier persona interesada -tratándose de derechos con intereses difusos o colectivos- en obtener el cumplimiento de una norma con rango de ley, reglamentos o un acto administrativo de cualquier funcionario que se haya negado a acatar los mismos. No obstante, la acción que va encaminada a hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo puede ser interpuesta por la persona a cuyo favor se expidió el acto.

De la misma manera, la Defensoría del Pueblo, puede iniciar este tipo de procesos.

3.1.7 Legitimado pasivo

Esta acción inicia con una solicitud escrita a la autoridad pública o funcionario al cual le corresponda el cumplimiento de la ejecución de un acto administrativo o de una norma legal.

⁷⁵ Obra citada. Código Procesal Constitucional. Artículo 5.

Según el artículo 68 del Código de Procesal Constitucional, si se ha demandado a una autoridad que no es la obligada, éste debe informar al juez indicando la autoridad a quien corresponde el cumplimiento. De existir dudas, el proceso continúa con las autoridades a quienes se demandó. El juez tiene como facultad, emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico tiene la competencia para que cumpla con lo que ha omitido.

3.1.8 Trámite

Presentación de la demanda y trámite en primera instancia

Luego de realizar el reclamo previo, establecido en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, se debe realizar la demanda.

El artículo 74 de mismo código establece que el trámite para la demanda de cumplimiento, es el mismo señalado para la acción de amparo en lo que fuere aplicable. De ahí que para iniciar un proceso de cumplimiento, ésta debe contener al menos lo siguiente, según el artículo 42 ibídem:

- *Designación del juez ante quien se propone.*
- *Nombre, identidad y domicilio procesal de quien propone la demanda.*
- *Nombre y domicilio del demandado.*

En el caso de que el demandado sea el Estado, se debe también emplazar con la demanda al Procurador Público o al representante legal respectivo.

Las entidades que tienen personería jurídica propia, así como las instituciones públicas de rango constitucional, actúan directamente, sin la intervención del Procurador Público.

En el caso de que el demandante, supiere antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien se dirigió la demanda, ya no ocupa el cargo, puede pedir al juez que no se le emplace a éste con la demanda.

- *La descripción numerada de los hechos que produjeron, la agresión al derecho constitucional.*

- *El o los derechos que se consideran violados o amenazados por el incumplimiento.*
- *La pretensión clara y concreta del demandante.*
- *Firma del legitimado activo, de su representante y la del abogado patrocinador.*⁷⁶

Aún cuando este artículo señala que la demanda debe contener al menos los requisitos señalados previamente, la demanda no puede ser rechazada en el caso de que no contenga todos estos, pues el mismo artículo reza que en ningún caso puede ser rechazada una demanda por el personal administrativo de la Sala o Juzgado correspondiente.

El artículo 51 del Código de Procedimiento Constitucional, como ya hemos establecido anteriormente, nos indica que el juez competente para conocer el proceso de incumplimiento en primera instancia es el civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

Si los derechos han sido afectados por una resolución judicial, la demanda se debe interponer directamente ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia y ésta será la encargada de elegir a uno de sus miembros para verificar los hechos referidos al presunto agravio. La Sala tiene el plazo de cinco días desde la interposición de la demanda para resolver.

El juez de oficio puede emplazar a terceros cuando de la demanda o de su contestación apareciera la necesidad de que ellos concurren al proceso para su defensa.⁷⁷

El plazo para la interposición de la demanda prescribe a los sesenta días hábiles contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial⁷⁸.

⁷⁶ Obra citada. Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237. Artículo 7.

⁷⁷ *Ibíd.* Artículo 43.

⁷⁸ *Ibíd.* Artículo 70.

El artículo 53 del Código, declara que dentro de la resolución que admite la demanda, el juez debe conceder al demandado el plazo de cinco días para que conteste.

Luego de ello, o vencido el plazo para hacerlo, el juez debe expedir la sentencia salvo que se haya solicitado un informe oral, en cuyo caso el plazo se cuenta a partir de la fecha que éste se realice. En el caso de que existan excepciones, pedidos de nulidad del auto que admite la demanda o de defensas previas, el juez debe dar traslado al demandante por el plazo de dos días. Si se absuelve o vencido el plazo para ello, se dicta un Auto de Saneamiento Procesal, que anula lo actuado y da por terminado el proceso en el caso de que se amparen excepciones de litispendencia, cosa juzgada, incompetencia y caducidad.

De acuerdo al artículo 15 del Código Procesal Constitucional, se puede solicitar medidas cautelares dentro de un proceso de cumplimiento en casos especiales y durante cualquier etapa del proceso, siempre que sea evidente la amenaza de daño o violación del derecho. Éstas se tramitan por cuenta, costo y riesgo del solicitante y se dictan sin conocimiento de la contraparte. La apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo.

El juez puede conceder en todo o en parte la medida solicitada, según la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, los fines de la acción y los postulados constitucionales.

El pedido de medidas cautelares se tramita como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o tácita el juez o la Corte Superior resuelve dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que se dicte es recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

Según el artículo 16 del cuerpo normativo invocado, la medida cautelar se extingue de pleno derecho al momento que la resolución que concluye el proceso adquiere la autoridad de cosa juzgada.

Apelación y trámite segunda instancia

De acuerdo a lo determinado por el artículo 57 del Código Procesal Constitucional, contra la resolución del fallo del juez de primera instancia, procede el recurso de apelación ante la Sala Civil de la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo y puede ser interpuesto por cualquiera de las partes intervinientes, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia. El expediente pasa a conocimiento de la Corte Superior dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

La apelación de la resolución que albergue una o más de las excepciones propuestas, se concede con efecto suspensivo, mientras que la apelación de la resolución que desestima la excepción que se ha propuesto, se concede sin este efecto.

El artículo siguiente dice que el superior concede tres días al apelante para que exprese agravios. Una vez recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concede traslado a las partes por tres días, fijando a su vez día y hora para la vista de la causa. Dentro de los tres días siguientes de recibida esta notificación, las partes pueden solicitar ser escuchados a través de sus abogados en audiencia oral –informe oral-. Finalmente, la Corte debe expedir sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

El juez puede realizar todas las actuaciones que considere necesarias, sin previa notificación a las partes, incluso puede llamar a éstas a audiencia única con presencia de sus abogados para esclarecer cualquier hecho que esté en duda. Esto se debe a que dentro de los procesos constitucionales de la República del Perú, no existe etapa de prueba, conforme lo determina el artículo 9 del referido Código; sin embargo, esto no obsta para que se presente en el proceso los medios probatorios que no requieran actuación y que no afecten la duración del proceso, inclusive como establecimos previamente, el juez de oficio puede ordenar diligencias para mejor proveer.

En el caso de que existan hechos trascendentes para el proceso que ocurran con posterioridad a la interposición de la demanda, el artículo 21 norma que pueden ser admitidos por el juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no se necesite actuación. El juez debe en este caso, poner en conocimiento de la contraparte el medio probatorio expuesto antes de expedir la resolución que pone fin al grado.

El juez debe expedir sentencia en la misma audiencia, excepcionalmente puede hacerlo en un plazo que no excedan los cinco días de concluida ésta.

Se concede un plazo de tres días al demandante, mediante auto de saneamiento, en el caso que el juez considere que la relación procesal adolece de un defecto subsanable. Vencido este plazo, debe expedir la respectiva sentencia. En los demás casos, expide sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Cualquier acto efectuado con el propósito de dilatar el proceso⁷⁹ es sancionado con multa, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

⁷⁹ Perú. Código Procesal Civil. Internet. <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>. Acceso: 15 de febrero de 2010. Según el artículo 112 se considera temeridad o mala fe para dilatar el proceso.-

“1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;

Recurso de agravio constitucional

Dentro del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, se encuentra el recurso de agravio constitucional, mismo que procede ante el Tribunal Constitucional sólo si la acción de cumplimiento fue denegada en segunda instancia. El plazo para interponer el recurso es de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Una vez concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente completo dentro del plazo máximo de tres días, más el término necesario de la distancia, bajo su responsabilidad.

-
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.
 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación. (*)"

Recurso de queja

En el caso de que la resolución al recurso de agravio sea negativa, procede el recurso de queja. Así lo determina el artículo 19 del cuerpo legal mencionado.

Se interpone igualmente ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Se debe anexar, al escrito del recurso, unas copias de la resolución recurrida y de la denegatoria, certificadas por un abogado. El recurso debe ser resuelto en el plazo de diez días a partir de la fecha en que fue recibido, sin dar lugar a trámite. Si la queja es fundada, el Tribunal conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

Según lo dispuesto en el artículo 20 del Código, el Tribunal Constitucional tiene el plazo máximo de treinta días para pronunciarse sobre el recurso interpuesto.

En caso de que el Tribunal considere que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio de proceso que afecta el sentido de la decisión, debe anularla y ordenar reponer el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Si el vicio sólo alcanza a la resolución impugnada, el tribunal debe revocar y proceder a pronunciarse sobre el fondo.

Generalidades del trámite

Todo el proceso se debe desarrollar de acuerdo a lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que manda a que éstos respeten los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad⁸⁰ en la actuación del demandante -esto

⁸⁰ La disposición final Quinta del Código Procesal Constitucional confirma este principio al decir que los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales.

debido a que existe condena en costas para los demandados si es que se declara con lugar la demanda-, economía, intermediación, publicidad, oficialidad e informalidad⁸¹.

En caso de que existan vacíos de la ley, el artículo IX del Título Preliminar del cuerpo normativo antes citado, dice que serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia que se discute, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. El juez puede también recurrir a los principios generales del derecho procesal, la doctrina y la jurisprudencia.

Asimismo de conformidad con el artículo V del cuerpo legal citado, el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos deben interpretarse de conformidad con los tratados Internacionales suscritos por el Perú, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

El artículo 117 *ibídem* por su parte señala que el Tribunal Constitucional en cualquier momento puede disponer la acumulación de procesos si es que éstos son conexos.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del Código, los jueces deben abstenerse de conocer la causa cuando concurren las causas de impedimento⁸² debido a que en ningún caso es procedente la recusación. El juez que de manera intencional no se abstiene cuando

⁸¹ El artículo VIII, del Título Preliminar del Código analizado, manda a que el órgano jurisdiccional competente aplique el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

⁸² Obra citada. Código Procesal Civil. Artículo 305: "El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

1. Ha sido parte anteriormente en éste;
2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un Abogado que interviene en el proceso;
3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;
4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; o
5. Ha conocido el proceso en otra instancia.

El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el Abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al Abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez."

concorre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

Por otro lado, de conformidad con lo que prescribe el artículo 54 del Código Procesal Constitucional, cualquier persona que tenga interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede participar en él solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el juez admite su incorporación, se ordena se notifique la demanda e ingresa al proceso en el estado que éste se encuentre. Si el proceso se encuentra en segunda instancia, se debe dirigir la petición al juez superior. Es impugnabile la resolución que concede o deniega la intervención del litisconsorte.

3.1.9 Contenido de la sentencia

La sentencia que declara con lugar la demanda de cumplimiento, debe pronunciarse preferentemente sobre lo siguiente, según lo establecido en el artículo 72 del Código Procesal Constitucional:

- *La determinación de la obligación incumplida;*
- *La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;*
- *El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;*
- *La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.*⁸³

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 17, la sentencia debe contener:

- *La identificación del demandante;*

⁸³ Obra citada. Código Procesal Constitucional. Artículo 72.

- *La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza,*
- *violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;*
- *La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;*
- *La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;*
- *La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.*⁸⁴

Según el artículo 6 del mismo Código, la sentencia sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada si la decisión final se pronuncia sobre el fondo del asunto.

De igual forma, como lo clarifica el artículo 118 ibídem, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, deben estar enumeradas de forma correlativa y anualmente.

3.1.10 Carácter inimpugnable de las sentencias

Según el artículo 24 del Código Procesal Constitucional, la resolución del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada, agota la jurisdicción nacional y respecto de ella no cabe ninguna impugnación; no obstante, se admite el derecho de recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que la república del Perú es parte, según lo prescribe el artículo 121 del Código antes referido.

3.1.11 Precedente vinculante de las sentencias y publicación

El artículo VII, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional determina que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante siempre que así lo pronuncie la sentencia y debe precisar el extremo de su efecto normativo. Si el Tribunal Constitucional resuelve

⁸⁴ Obra citada. Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237. Artículo 17.

apartándose del precedente, debe enunciar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales no se toma en cuenta el precedente.

La disposición final cuarta del código en mención dispone que las sentencias finales así como las resoluciones aclaratorias de ellas, deben remitirse dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a la fecha de su expedición al Diario Oficial “El Peruano” para su publicación gratuita, dentro de los diez días siguientes a su envío.

La publicación contiene la sentencia y las piezas procesales que son necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para denegar o conceder la pretensión.

Si las sentencias tratan sobre normas municipales o regionales, requiere además de la publicación en el diario oficial, la publicación en el diario donde se publican avisos judiciales de la respectiva circunscripción territorial. En el caso de que haya lugares donde no exista este tipo de diarios, la sentencia se debe dar a conocer además de la publicación en el diario oficial o de circulación nacional, mediante carteles fijados en lugares públicos.

3.1.12 Desistimiento, reconvención y abandono

El artículo 49 manifiesta que no se admite la reconvención ni el abandono de los procesos de amparo, pero si procede el desistimiento, lo que aplicamos para el proceso de cumplimiento de la misma manera.

En tanto el artículo 71 del mismo cuerpo legal, aclara que el desistimiento de la acción de cumplimiento se admite sólo cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.

3.1.13 Responsabilidad del Estado

Dentro del artículo 8 del Código Procesal Constitucional se habla de que en el caso de que pudiese existir un delito, el juez en la sentencia que declara fundada la demanda, debe disponer la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes, inclusive cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el juez así lo considera.

En el caso de que sea una autoridad o funcionario público de quien se presuma el delito, se puede imponer como pena accesorias la destitución del cargo. Haber procedido por orden de un superior, no libera al ejecutor de la responsabilidad y se la pena a que haya lugar.

Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99⁸⁵ de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes.

El Estado sólo puede ser condenado en costos⁸⁶ y no en costas⁸⁷.

3.1.14 Cumplimiento

La sentencia firme que ordena el cumplimiento de lo omitido, de conformidad con el artículo 73 y en concordancia con el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, se actúa conforme sus propios términos por el juez de la demanda.

⁸⁵ Obra citada. Constitución Política de Perú. Artículo 99: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.

⁸⁶ Obra citada. Código Procesal Civil. Artículo 411 determina que son costos del proceso los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de Auxilio Judicial.

⁸⁷ *Ibíd.* Artículo 410 dice que las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

Las sentencias son prevalentes sobre los demás órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad, cuando han sido dictadas por los jueces constitucionales.

Es de cumplimiento inmediato aquella sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, por lo que el juez puede hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución de la persona responsable en caso de no cumplirla. Estas medidas coercitivas deben, no obstante, estar incorporadas como apercibimiento en la sentencia sin perjuicio de que a petición de parte o de oficio, puedan ser modificadas durante la ejecución.

Las multas y sus montos lo determina discrecionalmente el juez, según la capacidad económica del requerido y su cobro se realizan con la ayuda de la fuerza pública, el recurso de una institución financiera o la ayuda de quien el juez crea pertinente. Las multas pueden ascender hasta el cien por ciento por cada día calendario hasta el acatamiento de la sentencia, según lo decida el juez.

Las multas son parte del ingreso propio del Poder Judicial, a menos que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa, en cuyo caso el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

El artículo 56 ibídem, determina que si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada.

De igual manera, si el proceso de cumplimiento es desestimado por el Juez, este puede condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

El artículo 16 del referido Código, dice que en el caso de que se haya propuesto medidas cautelares, y la sentencia no haya reconocido el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar.

La persona que ha sido afectada por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. Si se verifica la responsabilidad además de la condena de costas y costos se procede a la liquidación y ejecución de los daños y si el juez lo considera necesario se impone una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal⁸⁸.

“La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo”⁸⁹.

3.1.15 Violación procesal

Según el artículo 120 de la norma citada, en caso de que se haya incurrido en cualquier vicio de procedimiento, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, debe subsanar aquel antes de pronunciar la sentencia.

3.1.16 Caducidad

El artículo 70 del Código de Procesal Constitucional y como ya hemos establecido previamente, el tiempo para la prescripción de la acción corre desde la fecha de recepción de la notificación notarial. Se cuenta con sesenta días hábiles para interponer la acción de cumplimiento.

⁸⁸ Aranceles Judiciales. Resolución Administrativa No. 093-2010-CE-PJ de la Gerencia General del Poder Judicial del Perú. Internet. <http://www.minjus.gob.pe/servicios/GuiaJudicial/departamentos/aranceles.htm>. Acceso: 16 de febrero de 2011. Establece que “para la aplicación de las cuantías de los Aranceles Judiciales, se fija la Unidad de Referencia Procesal (URP) cuyo valor es equivalente al 10% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), la misma que asciende a la suma de s/.360.00 (Trescientos Sesenta y 00/100 nuevos soles) para el Ejercicio Gravable del año 2010;”

⁸⁹ Obra citada. Código Procesal Constitucional. Artículo 16.

1.10. Generalidades de la acción de cumplimiento colombiana

La Constitución Política de la hermana república de Colombia en su Título II, capítulo 4, artículo 87 constituyó a la **Acción de Cumplimiento** de la siguiente manera:

Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.⁹⁰

Más tarde, en 1997 la Ley 393⁹¹ fue la encargada de normar todo lo referente a esta Acción mediante el desarrollo en 32 artículos.

3.2.1 Competencia

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 393, conocen en primera instancia las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, los jueces Administrativos con competencia en el domicilio del proponente.

En segunda instancia, le corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.

Las acciones que conoce el Consejo de Estado⁹², deben ser resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero que salió sorteado. El trámite se hace a través de la Secretaría correspondiente. El sorteo lo

⁹⁰ Colombia. Constitución Política de la República de Colombia. Internet. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Acceso: 17 de febrero de 2011.

⁹¹ Secretaría del Senado de la República de Colombia. Ley 393. Internet. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1997/ley_0393_1997.html. Acceso: 15 de febrero de 2011.

⁹² El Consejo de Estado colombiano es el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Cuerpo Consultivo del Gobierno.

realiza el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, de forma igualitaria.

3.2.2 Finalidad u Objeto

Como lo determina el artículo 87 de la Constitución Política Colombiana, en concordancia con el artículo 1 de la Ley, el objeto de esta acción es que cualquier persona –sea natural, jurídica e incluso servidores públicos- que busca el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o de Actos Administrativos, pueda solicitarlos ante la autoridad judicial respectiva cuando ha sido omitido el deber que surge de ellos.

De esta manera se puede garantizar la efectividad y vigencia de los derechos contra toda acción u omisión de la autoridad que incumplió o ejecuta actos o hechos que permitan deducir incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos⁹³.

3.2.3 Procedibilidad

Dentro del artículo 8 del cuerpo normativo mencionado, se establece que la acción de cumplimiento procede contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. De igual forma procede contra acciones u omisiones de los particulares, como lo desarrollaremos más adelante.

3.2.4 Requisitos de Procedibilidad

Dentro del inciso segundo del artículo 8 de la Ley, encontramos que para constituir la renuencia y que proceda la acción, se requiere que el accionante previamente haya hecho

⁹³ Carlos Arturo Muñoz. Acciones para la Protección de los Derechos. Internet. www.eidenar.univalle.edu.co/docentes/catedra/docs/11cmunoz.doc. Acceso: 15 de febrero de 2011.

un reclamo del cumplimiento del deber legal o acto administrativo y que la autoridad se haya ratificado en su cumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Se puede prescindir de este requerimiento, sólo en el caso de que cumpliendo éste se genere un peligro inminente de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante. En este caso, debe ser sustentado en la demanda.

“También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”⁹⁴.

3.2.5 Improcedibilidad

La acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela⁹⁵, así ha quedado determinado en el artículo 9 de la Ley.

En el caso que se presente la acción, el juez debe dar a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

De igual forma, no procede en el caso que el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

3.2.6 Legitimación Activa

De conformidad con el artículo 4 de la Ley, la legitimación activa la tiene cualquier persona y se enumera entre ellas incluso a:

⁹⁴ Obra citada. Ley 393. Artículo 8.

⁹⁵ Similar a la acción de amparo de la Constitución ecuatoriana de 1998.

- *Los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales.*
- *Las Organizaciones Sociales.*
- *Las Organizaciones No Gubernamentales.*⁹⁶

3.2.7 Legitimación Pasiva

Por su parte el artículo 5 del mismo cuerpo legal, norma que la acción de cumplimiento se dirige contra la autoridad administrativa de la cual se requiere el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo.

Si el demandado no es la autoridad que debe cumplir el deber, éste debe informar al juez que tramita la acción, indicando a su vez la autoridad a quien corresponde el cumplimiento. Si existe duda, el proceso continúa con las autoridades que han sido demandadas hasta la terminación de la acción. El juez, debe notificar en todo caso, a la autoridad que conforme el ordenamiento jurídico, tiene competencia para cumplir con el deber omitido.

Por su parte, el artículo 6 de la referida Ley, trae como legitimados pasivos a personas particulares. La acción de cumplimiento contra particulares procede contra acciones u omisiones que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo, cuando éste actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

En este caso la acción puede dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.

⁹⁶ Obra citada. Ley 393. Artículo 4.

En ningún caso, la acción de cumplimiento puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

3.2.8 Trámite

El artículo 10 de la Ley 393, no habla del contenido de la demanda sino de la solicitud y debe contener:

- *El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción.*
- *La determinación de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo incumplido. Si la Acción recae sobre Acto Administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de Acto Administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia.*
- *Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento.*
- *Determinación de la autoridad o particular incumplido.*
- *Prueba de la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8º de la presente Ley, y que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva.*
- *Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer.*
- *La manifestación, que se entiende presentada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad.*⁹⁷

No es necesario que la solicitud sea escrita, también puede ser presentada en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.

⁹⁷ Obra citada. Ley 393. Artículo 10.

El artículo 2 de la Ley manda a que una vez que se ha presentado la demanda, se cumplan con los principios de oficialidad, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia, gratuidad e interpretación restrictiva, es decir, sólo procede la acción de cumplimiento cuando el no cumplimiento es evidente.

Al ser una acción jurisdiccional, el trámite es preferencial, por este motivo, el artículo 11 de la Ley determina que este tipo de acción está a cargo del juez, en turno riguroso, y debe ser sustanciada con prelación a cualquier otro asunto de naturaleza diferente, salvo la acción de tutela.

En el caso de que existan en una misma localidad, varios despachos judiciales de la misma jerarquía y especialidad de aquél ante el cual se ejerció, la acción se somete a sorteo que se realiza el mismo día lo más pronto posible. Una vez hecho el sorteo, se remite la acción al funcionario competente. Los términos son perentorios e improrrogables.

De conformidad con el artículo 12, el juez de cumplimiento debe decidir sobre la admisión o rechazo de la acción dentro de los tres días siguientes a su presentación. Si la solicitud no contiene los requisitos que ya hemos señalado, se dará el término de dos días al demandante para que corrija la demanda. Si no lo hace dentro de este término la demanda será rechazada.

En el caso de que no presente la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad, salvo que se trate de la excepción antes descrita, se rechaza de plano la demanda.

Si la solicitud es verbal, el juez procede a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.

El auto admisorio debe ser expedido dentro de los tres días siguientes a la presentación de la demanda, según reza el artículo 13 de la Ley 393.

Si es admitida la acción, el juez ordena su notificación al demandado y la entrega de una copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres días siguientes a la admisión.

Si no es posible la notificación personal, se puede hacer una comunicación telegráfica o se podrá recurrir a cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

El auto admisorio también informa que la decisión será expuesta dentro de los veinte días siguientes a la admisión de la solicitud de cumplimiento y que tiene derecho a hacerse parte en el proceso y a reunir pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres días siguientes a la notificación.

El artículo 14 de la Ley, determina que las providencias se notificarán por estado que se fijará al día siguiente de proferidas y se comunicarán por vía telegráfica, no obstante, según el artículo 22 de la misma Ley, la sentencia se notifica personalmente⁹⁸ a las partes en la

⁹⁸ Secretaría del Senado de la República de Colombia. Código de Procedimiento Civil Colombiano. Internet. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html. Acceso: 15 de febrero de 2011. El artículo 315 establece que: "Para la práctica de la notificación personal se procederá así:

1. La parte interesada solicitará al secretario que se efectúe la notificación y esté sin necesidad de auto que lo ordene, remitirá en un plazo máximo de cinco (5) días una comunicación a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca al Juzgado, a recibir notificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; si fuere en el exterior, el término será de treinta (30) días.

En el evento de que el Secretario no envíe la comunicación en el término señalado, la comunicación podrá ser remitida directamente, por la parte interesada en que se efectúe la notificación. Si fueren remitidas ambas comunicaciones, para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la primera que haya sido entregada.

Dicha comunicación deberá ser enviada a la dirección que le hubiere sido informada al Juez de conocimiento como lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado personalmente. Si se trata de persona jurídica de derecho privado con domicilio en Colombia, la comunicación se remitirá a la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio o en la oficina que haga sus veces. Una copia de la comunicación, cotejada y sellada por la empresa de servicio postal, deberá ser entregada al funcionario judicial o a la parte que la remitió, acompañada de constancia expedida por dicha empresa, sobre su entrega en la dirección correspondiente, para efectos de ser incorporada al expediente.

2. Si la persona por notificar comparece al juzgado, se le pondrá en conocimiento la providencia, previa su identificación mediante cualquier documento idóneo, de lo cual se extenderá acta en la que se expresará la fecha en que se practique, el nombre del notificado y la providencia que se notifica, acta que deberá firmarse por aquél y el empleado que haga la notificación. Al notificado no se le

forma indicada en el Código de Procedimiento Civil para las providencias que deban ser notificadas personalmente.

El cumplimiento del deber omitido debe ser inmediato, cumpliendo lo prescrito en el artículo 15 de la Ley 393 y de acuerdo al principio Constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Por el ello, el juez que conoce la solicitud, puede ordenar su cumplimiento, prescindiendo de cualquier consideración formal, siempre y cuando se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el no cumplimiento del deber contenido en la Ley o acto administrativo, salvo que en el término de traslado el demandado haya hecho uso de su derecho a pedir pruebas.

El artículo 16, indica que las providencias que se dicten en el trámite de la acción de cumplimiento, con excepción de la sentencia, carecen de recurso alguno, salvo que se trate del auto que niegue la práctica de pruebas, el cual admite sólo el recurso de reposición que deberá ser interpuesto al día siguiente de la notificación por estado y resuelto a más tardar al día siguiente.

El juez puede solicitar informes a la autoridad pública demandada o al particular y en el caso de actuaciones administrativas pedir el expediente o la documentación donde consten los

admitirán otras manifestaciones que la de asentimiento a lo resuelto, la convalidación de lo actuado, el nombramiento prevenido en la providencia y la interposición de los recursos de apelación y casación. Si el notificado no sabe, no quiere o no puede firmar, el notificador expresará esa circunstancia en el acta; el informe del notificador se considerará rendido bajo juramento, que se entenderá prestado con su firma.

3. Cuando el citado no comparezca dentro de la oportunidad señalada y el interesado allegue al proceso la copia de la comunicación y tal constancia de su entrega en el lugar de destino, el secretario, sin necesidad de auto que lo ordene, procederá en forma inmediata a practicar la notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 320.

4. Si la comunicación es devuelta con la anotación de que la persona no reside o no trabaja en el lugar, o porque la dirección no existe, se procederá, a petición del interesado, como lo dispone el artículo 318.

PARÁGRAFO. Para efectos de las notificaciones personales, los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica si se registran varias direcciones, el trámite de la notificación podrá surtir en cualquiera de ellas.”

antecedentes del asunto. La omisión injustificada en el envío de esas pruebas al Juez acarreará responsabilidad disciplinaria como lo dice el artículo 17.

El plazo que se tiene para informar es de uno a cinco días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se consideran rendidos bajo la gravedad del juramento.

Según lo prescribe el artículo 18, se suspende el trámite de la acción de cumplimiento cuando el propósito sea hacer efectivo un acto administrativo, hasta que no se emita la decisión definitiva, en el evento en que en un proceso de nulidad en curso se haya decretado la suspensión provisional del acto incumplido.

El siguiente artículo de la ley habla sobre la terminación anticipada de la acción de cumplimiento. Ésta se da cuando la persona demandada desarrolla la conducta requerida por la Ley o el acto administrativo. El trámite termina con la emisión de un auto en el que se declara lo acontecido y se condena en costas, sin perjuicio de que se condene indemnización por daños y perjuicios.

Finalmente el artículo 21 de la Ley 393, norma que en el caso de que el incumplimiento provenga del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el juez debe resolver el asunto en la sentencia, sin perjuicio de que el juez aplique la excepción de oficio. El que incumple no puede alegar esta excepción sobre normas que hayan sido objeto de análisis de inconstitucionalidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.

En todo lo que no esté contemplado por la Ley, se deberá remitir al Código Contencioso Administrativo.

3.2.9 Contenido de la sentencia

Refiriéndonos al artículo 21 del cuerpo legal citado, estipula que una vez que se haya concluido la etapa probatoria, si es que la hubiere, el juez debe dictar fallo con lo siguiente:

- *La identificación del solicitante.*
- *La determinación de la obligación incumplida.*
- *La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento.*
- *La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido.*
- *Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el Juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia.*
- *Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija.*
- *Si hubiere lugar, la condena en costas.⁹⁹*

Si las pretensiones del actor no prosperan, el fallo debe negar la petición señalando que no puede intentarse otra acción con la misma finalidad, en concordancia con lo que determina el artículo 7 sobre la caducidad de la acción por resolución previa.

El artículo 23 fija los alcances del fallo. El cumplimiento del fallo no impide que se proceda en contra de quien ejerció la acción de cumplimiento, si las acciones u omisiones en que incurrió generan responsabilidad.

⁹⁹ Obra citada. Ley 393. Artículo 21.

3.2.10 Cumplimiento

Conforme lo fija el artículo 25 de la Ley 393 la autoridad renuente debe cumplir sin demora, en el plazo definido el fallo en firme que ordena el cumplimiento del deber que se ha omitido

Si no lo hace dentro del plazo definido, el juez se dirige a la autoridad superior del responsable y le exhorta bajo pena que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasados cinco días debe ordenar abrir proceso contra el superior que no haga caso a lo ordenado y debe adoptar todas las medidas necesarias para que se cumpla completamente el mismo. El juez tiene la potestad sancionadora por desacato al responsable y al superior hasta que éstos cumplan su sentencia. Lo anterior conforme a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

De todas maneras, el Juez establece los demás efectos del fallo para el caso concreto y debe mantener la competencia hasta que cese el incumplimiento.

Por su parte el artículo 29 que habla del desacato dice que el que incumpla la orden judicial, incurre en desacato sancionable de conformidad con las normas vigentes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hay lugar.

La sanción es impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental; si ésta no es apelada se consulta con el superior jerárquico quien decide dentro de los tres días siguientes si debe revocar o no la sanción. La apelación o la consulta se harán en el efecto suspensivo.

3.2.11 Daños en el cumplimiento

Se dice que la acción de cumplimiento no tiene fines indemnizatorios, de acuerdo lo dice el artículo 24 de la Ley. No obstante, cuando del incumplimiento de la ley o de actos administrativos se generen perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones por

medio de las acciones judiciales pertinentes. En ningún caso el ejercicio de la acción de cumplimiento servirá para interponer acciones de reparación de perjuicios.

La actuación temeraria es sancionada dentro de la acción de cumplimiento de acuerdo al artículo 28 de la Ley 393 que especifica que cuando sin motivo justificado, la misma acción de cumplimiento sea presentada por la misma persona o su representante ante varios Jueces, se debe rechazar o negar todas ellas si hubieren sido admitidas.

Al abogado que promueve la presentación de varias acciones de esta naturaleza, es sancionado por autoridad competente con la suspensión de la tarjeta profesional al menos de dos años. En caso de reincidencia, la suspensión es por cinco años, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar.

3.2.12 Impugnación del Fallo

Se cuenta con tres días posterior a la notificación de la sentencia, para poder impugnarla. La impugnación la puede realizar el solicitante, la autoridad renuente o el representante de la entidad a la que éste pertenezca y el Defensor del Pueblo.

La impugnación se concede en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante.

El siguiente artículo regula el trámite de la impugnación. Una vez presentada debidamente la impugnación, el juez debe remitir el expediente a más tardar al día siguiente al superior jerárquico.

El juez que conozca de la impugnación debe estudiar el contenido de la misma, confrontándola con las pruebas presentadas y con el fallo. Podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas de oficio. En todo caso, debe emitir el fallo dentro de los diez días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, puede revocarlo comunicándolo de inmediato; si por otro lado lo encuentra ajustado a derecho lo confirma.

3.2.13 Seguimiento

El artículo 31 de la Ley dice que:

*la Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho hará el seguimiento de los efectos producidos por la aplicación de la presente Ley, y rendirá un informe sobre los efectos de la misma ante las Presidencias del Senado y de la Cámara de Representantes dentro de los dieciocho meses siguientes a su vigencia. Igualmente, corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho emprender dentro de los tres meses siguientes a su promulgación, una campaña de difusión y pedagogía ciudadana.*¹⁰⁰

3.2.14 Caducidad

Respecto a la caducidad de la acción, el artículo 7 explica que por regla general, la acción de cumplimiento puede ejercitarse en cualquier tiempo y la sentencia que ponga fin al proceso hace efecto de cosa juzgada, cuando el deber omitido es de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad renuente se agota con la ejecución del primer acto. No obstante si el deber omitido es de aquellos cuyo cumplimiento puede demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, puede volver a intentarse sin limitación alguna. Sin embargo es improcedente por los mismos hechos que ya fueron decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad.

¹⁰⁰ Obra citada. Ley 393. Artículo 31.

1.11. Análisis comparativo de la acción de cumplimiento con la acción por incumplimiento

Basta leer el texto que norma la acción de cumplimiento peruana y el texto de la acción Colombiana para encontrar las semejanzas y diferencias con la acción por incumplimiento Ecuatoriana.

3.3.1 Semejanzas

- Las Cartas Magnas de los tres países establecen como una garantía jurisdiccional a la “acción de cumplimiento” y a la “acción por incumplimiento”. Esto quiere decir, que las tres constituciones han visto a esta institución como un medio para hacer efectivos no sólo los derechos constitucionales, sino también las normas legales y actos administrativos. Además todas son un mecanismo de protección de los derechos humanos.
- Tanto las acciones de Perú y Colombia, como la de Ecuador, prevén el agotamiento de una vía antes de presentar la acción ante la jurisdicción respectiva.
- En los tres países las acciones se sujetan a los principios de: gratuidad en el acceso a la justicia, informalidad, trámite preferencial, celeridad, oficialidad, eficacia, publicidad y prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.
- Las tres legislaciones traen la posibilidad de proceder con esta acción en contra de autoridades o funcionarios administrativos o públicos y contra particulares.
- Tanto en Colombia, como en Perú y Ecuador, los jueces pueden ser sancionados por la inobservancia de los términos judiciales.
- En la acción de cumplimiento peruana y colombiana, al igual que la acción por incumplimiento ecuatoriana, el cumplimiento de la obligación o el deber omitido debe

ser inmediato.

3.3.2 Diferencias

- La Constitución de la República de Ecuador, ha ido más allá al reglar a las normas que integran el sistema jurídico, actos administrativos de carácter general y a las sentencias e informes de los organismos internacionales de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias; mientras que, la acción de cumplimiento de Perú y Colombia se limita a la ley –o norma legal- y a los actos administrativos.

- El agotamiento de la vía previa difiere en cada país de la siguiente manera:

Ecuador: La persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad debe reclamar previamente el cumplimiento de la obligación a quien deba hacerla y si luego de él se mantiene el incumplimiento o no se contesta el reclamo en el término de cuarenta días, se configura el incumplimiento.

Perú: El demandante debe hacer un requerimiento por conducto notarial a la autoridad o funcionario pertinente, con una antelación no menor de quince días. Si no hay respuesta a la carta notarial o si la respuesta es negativa, se puede proceder a presentar la acción de cumplimiento.

Colombia: El accionante debe constituir la renuencia de la autoridad pública mediante un reclamo del cumplimiento del deber legal o acto administrativo omitido. Si se mantiene la autoridad renuente al cumplimiento o no contesta dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, se verifica la renuencia.

- En cuanto a la competencia y el trámite, las tres legislaciones difieren:

Ecuador: La competencia recae directamente ante la Corte Constitucional y no existe recurso alguno sobre la sentencia emitida por ella.

Perú: Es competente en primera instancia el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

De la resolución de primera instancia se puede proponer una apelación ante uno de los miembros de la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva.

Finalmente, de la resolución emitida por la Corte Superior de Justicia, caben los recursos de “Agravio Constitucional” o de “Queja”, ante el Tribunal Constitucional.

Colombia: Son competentes en primera instancia, los jueces administrativos con competencia en el domicilio del proponente.

Si se apela de la sentencia, la acción pasa a conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.

- Sobre la legitimación activa:

Ecuador: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que en el Ecuador, cualquier persona, sean naturales o jurídicas; comunidades, pueblos, nacionalidades o el colectivo, vulnerados o amenazados en uno o más de sus derechos constitucionales; quienes pueden actuar a través de un representante o apoderado; el Defensor del Pueblo, y cualquier persona que tenga un interés directo en el proceso puede ejercer esta acción.

Perú: El Código Procesal Constitucional del Perú, establece que la titularidad para ejercer esta acción la tiene cualquier persona interesada. No obstante, la acción que va encaminada a hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo puede ser interpuesta por la persona a cuyo favor se expidió el acto. Igualmente, la Defensoría del Pueblo, puede iniciar este tipo de procesos.

Colombia: La Ley 393 regula que cualquier persona puede proponer la acción de cumplimiento, inclusive los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales; las Organizaciones Sociales y las Organizaciones No Gubernamentales.

- Las legislaciones de los tres países consideran causas de improcedibilidad:

Ecuador: Considera que no procede la acción por incumplimiento si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional; si se trata de omisiones de mandatos constitucionales; si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por

incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante; si no se cumplen los requisitos de la demanda.

Perú: Concretamente, las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento son 8 en el Perú: Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones; contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley; para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus; cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo; cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario; en los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial; cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y, si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

Colombia: La acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. De igual forma, no procede en el caso que el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

- El tiempo de caducidad difiere en las tres legislaciones:

Ecuador: En nuestro país no hay una norma que especifique la caducidad de la acción por incumplimiento, por lo que se entiende que la acción se puede intentar en cualquier tiempo, salvo que del requerimiento previo se haya obtenido el cumplimiento o cuando se pueda reclamar por otra vía.

Perú: El tiempo para la prescripción de la acción es de sesenta días hábiles que corren desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

Colombia: Al igual que la acción por incumplimiento de nuestro país, la Ley no especifica la caducidad, por lo que se entiende que se puede ejercitar en cualquier momento, salvo que del reclamo previo se haya obtenido el cumplimiento del deber o que se pueda reclamar por una vía más efectiva.

CAPÍTULO IV

PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR

1.12. Los diversos problemas

El origen de la acción por incumplimiento proviene de las acciones de cumplimiento de países como Perú o Colombia, como ya lo hemos visto, que a su vez tomaron esta garantía del derecho anglosajón. Varias constituciones han introducido esta vía procesal para exigir el cumplimiento de obligaciones constitucionales cuando una autoridad pública la omite.¹⁰¹

Estos mecanismos de protección generalmente han sido denominados como mandamientos, pues el origen etimológico en el derecho inglés provino del vocablo latín “*mandamus*”, que significa “mandamos”. Habitualmente el mandamus se expide ante abusos del poder judicial.

Sin duda, la influencia anglosajona se ve presente en el constitucionalismo de los países que se rigen al sistema romano e incluso dentro de los organismos de derechos humanos.¹⁰²

De acuerdo al origen etimológico de la acción, la manera correcta de denominarla es, acción “de cumplimiento” y no como se ha establecido en nuestro país, en tanto lo que se persigue, a lo que se encamina el ejercicio de ésta, es a que se cumpla determinada obligación.

Ahora, efectuaré un análisis pormenorizado del artículo 93 de la Constitución para tratar de entender su espíritu o lo que los constituyentes quisieron expresar y establecer los problemas que se originan.

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos

¹⁰¹ Ernesto Rey Cantor, María Carolina Rodríguez. Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Segunda Edición, 1998. Páginas 32 y siguientes.

¹⁰² *Ibíd.*

internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

En primer lugar se observa la definición del objetivo, al que se le divide en dos partes: 1. garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico; 2. El cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. La norma, sin embargo, debería contener una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Recordemos que el carácter general de la norma se define por la amplitud de los efectos jurídicos y éstos son directos y para todos. Sobre esta base se colige que la acción por incumplimiento, procede en cualquier caso y puede ejercerse por cualquier persona –sea natural o jurídica - que entienda que alguna norma del ordenamiento jurídico no ha sido observada. Es decir que, por un lado establece un alto componente de subjetividad, pero, por otro, reclama la objetividad de la obligación.

En cuanto a las sentencias e informes de los organismos internacionales de derechos humanos, ya hemos establecido en el primer capítulo que las primeras son expresiones formales del parecer del organismo y del cumplimiento de los derechos fundamentales y los segundos, exposiciones o descripciones contenidas en un documento que tienen el propósito de comunicar, advertir, anunciar, notificar, orientar, sugerir, recomendar sobre la aplicación de normas o sobre la situación actual de asuntos de importancia dentro de los organismos internacionales, generalmente tienen que ver con el cumplimiento de los derechos en los países de la organización.

La Carta Fundamental, debido a su naturaleza, no es explícita al momento de hablar sobre la acción por incumplimiento en contra de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, en tanto que la ley tiende a confundir ese campo, al decir en su artículo 53, que:

La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de

*funciones públicas, o presten servicios públicos. **Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.*** (Las negrillas son mías)

Además de que en este artículo agrega la categoría de “**decisiones**” a la enumeración que se debería entender taxativa sobre el alcance de la acción, resulta interesante y polémico, lo que prescribe este artículo. Como vimos en el primer capítulo, las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales tienen efectos sólo para los Estados que son parte de estos organismos, por haber ratificado las convenciones; de ahí que no se explica cómo se pretendería que una sentencia, decisión o informe de un organismo internacional tenga efectos para una persona particular.

No conozco que una persona particular concorra ante un organismo internacional de protección de derechos humanos para solicitar de otro particular el cumplimiento de cierto derecho u obligación¹⁰³ porque los organismos internacionales fueron creados para que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental presenten sus denuncias o quejas por violaciones de los Estados.

Tampoco se puede pensar que una institución del Estado o alguno de sus personeros pudiera concurrir ante la justicia internacional para pedir de un ciudadano el cumplimiento de un derecho humano que sería para con el Estado. ¿Tiene el Estado derechos humanos? Obviamente, no.

¿Pudiera ser que un Estado sometiera exigir el cumplimiento de los derechos humanos a un particular, cuando el encargado de velar por la protección de ellos es el mismo Estado? Definitivamente, no. Es absurdo pensar que un Estado concurriría a uno de estos organismos para pedir la protección de los derechos humanos de sus propios ciudadanos.

¹⁰³ Para esto existen las vías judiciales ordinarias. Luego de que éstas se hubieran agotadas y, solo si por culpa de cualquier autoridad pública se violara un derecho humano de un particular, se podría considerar acudir a un órgano internacional para exigir el cumplimiento.

Pasaré a analizar el tema de los actos administrativos. El único artículo que habla sobre la acción por incumplimiento de éstos es el 436, numeral 5. En ninguna otra parte de la Ley, se hace referencia o especifica qué actos se deben considerar como actos administrativos. No obstante, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, expedido el 10 de febrero de 2010, en el Registro Oficial No.127, en el artículo 32 menciona muy por encima, sin entrar en mayor detalle lo siguiente:

La demanda de acción por incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias, seguirá el trámite previsto en los Capítulos I, II y V del Título II de este Reglamento en cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.

Los actos administrativos, según el artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico de Administración de la Función Ejecutiva, son “*toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce **efectos jurídicos individuales en forma directa***”.¹⁰⁴ (Las negrillas son mías)

¿El acto administrativo de carácter general del que habla el numeral quinto del artículo 436 de la Carta Magna, se refiere a una manifestación de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa, cuyas consecuencias jurídicas van destinadas a una pluralidad indeterminada de personas?

Como hemos determinado previamente, una de las características del acto administrativo es que produzca efectos jurídicos individuales¹⁰⁵. Me queda la duda de lo que quisieron normar los asambleístas de Montecristi, pues sólo el acto administrativo normativo, es una expresión de la voluntad de la función administrativa que puede producir efectos jurídicos generales.

¹⁰⁴ Ecuador. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial. Registro Oficial 536, del 18 de Marzo del 2002. Artículo 65.

¹⁰⁵ Ecuador. Casación interpuesta por la Municipalidad de Atahualpa contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No.2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212. La jurisprudencia ecuatoriana acoge la definición restringida del acto administrativo, aquella que está contemplada en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial.

Del sentido que tiene la disposición constitucional, que habla de garantizar el cumplimiento de normas que integran el sistema jurídico¹⁰⁶, me atrevo a decir que hubo una equivocación al pretender que la acción de incumplimiento se pueda dirigir para perseguir la aplicación de actos administrativos, sino que se quiso decir de actos administrativos normativos. Incluso me aventuro a pensar, que no se detuvieron a pensar qué es considerado un acto administrativo en nuestro país, por cuanto dentro de la Ley Orgánica, observamos que no se habla de ello en ninguno de los artículos.¹⁰⁷

Siguiendo lo antes dicho, la norma habla sobre *“la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”*¹⁰⁸, es decir, cualquiera que sea su origen o rango dentro del sistema jurídico ecuatoriano.¹⁰⁹

Sigamos con lo que determina el artículo 54 de la Ley Orgánica. En este se habla sobre el reclamo previo que debe haber para que se configure el incumplimiento. La persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad debe reclamar previamente el cumplimiento de la obligación a quien deba hacerla y si luego de ese plazo se mantiene el incumplimiento o no se contesta el reclamo en el término de **cuarenta días**, se configuraría el incumplimiento.

Como vimos anteriormente, esta figura jurisdiccional existe en países como Colombia y Perú, en los que, igualmente, se solicita el agotamiento del reclamo previo y una renuencia en el cumplimiento por parte de la persona a la cual se requiere para que se configure el

¹⁰⁶ Hernán Salgado Pesantes. Introducción al Estudio del Derecho. Quito, Editorial Nacional, 2002. Página 45. “Cuando se habla de ordenamiento jurídico se está hablando de un conjunto de normas, más aún, de un sistema de normas que da sentido al Derecho de un país. Se lo concibe como un todo de normas, una estructura.”

¹⁰⁷ La ley sólo se refiere a las normas, sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.

¹⁰⁸ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436, numeral 5.

¹⁰⁹ Merece recordar que el principio de la jerarquía de la norma establece que ninguna norma inferior puede contradecir o vulnerar lo establecido por una norma de rango superior. Dentro de la ordenación jurídica del Ecuador, la Constitución es la norma superior, seguida por los tratados o convenios internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias y decretos leyes; ordenanzas, reglamentos y decretos ejecutivos; y, sentencias y resoluciones o acuerdos administrativos, tomado de la obra citada de Hernán Salgado Pesantes, Introducción al Estudio del Derecho.

incumplimiento; no obstante, en nuestro país con esta norma, todo el sentido de la acción de incumplimiento se pierde.

Como lo establece la Carta Magna, al igual que la Ley antes mencionada, las acciones jurisdiccionales han sido concebidas para la protección eficaz e **inmediata** de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos e imponer este prerrequisito mediatiza este derecho constitucional.

De igual forma, se supone que la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general¹¹⁰, así como el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos debe ser ejecutada inmediatamente.

Recordemos lo que reza el artículo 11, numeral tercero de la Norma Suprema:

*Los derechos y **garantías** establecidos en la Constitución y en **los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación** por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el **ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.***

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.¹¹¹ (Las negrillas son mías)

El numeral cuarto del mismo artículo agrega, **“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”** (Las negrillas son mías); no obstante, claramente la norma establecida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional restringe el ejercicio de la acción por incumplimiento, al solicitar un reclamo previo –el cual puede ser contestado en el término de cuarenta días- al funcionario, persona o institución del Estado que deba cumplir con su obligación.

¹¹⁰ Asumimos que siempre se habla de actos normativos.

¹¹¹ Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo.11.

En materia de derecho administrativo, ¿cómo se debe interpretar esta norma?

En el caso de que existiera un acto administrativo que no se aplicara y, amparado en el derecho de petición consagrado en el numeral 23 del artículo 66¹¹² de la Constitución en concordancia con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado¹¹³, se acudiría ante la institución que ha emitido dicho acto administrativo para solicitar su cumplimiento, ¿Se debería esperar la respuesta por el periodo de 15 días como establece la Ley de Modernización del Estado, o los 40 días que establece la Ley Orgánica? La respuesta es fácil de señalar pues, por el principio de supremacía de las normas, se debe aplicar la de mayor rango, que en este caso sería la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹¹⁴. Además, se contempla en el artículo 28 de Ley de modernización del Estado al señalar que *“Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.”*

¹¹² Obra citada. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 23 que garantiza a las personas, “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.”

¹¹³ Ecuador. Ley de Modernización del Estado. Ley de Modernización del Estado, publicada mediante Registro Oficial No.349, del 31 de Diciembre de 1993.

“Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.

En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.

¹¹⁴ Ver Expedientes 8 y 16 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Registro Oficial 332 de 23 de Mayo del 2001.

No obstante con la norma establecida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se viola lo establecido como derecho de petición en la Constitución, en la Ley de Modernización del Estado y por último en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Se debe pensar que es otro ámbito del derecho de petición en donde se debe agotar primero la vía administrativa.

Según lo establecido en el artículo 1 de la Norma Fundamental:

*El Ecuador es un Estado **constitucional de derechos** y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”¹¹⁵ (pareciera que ninguno de estos principios se está cumpliendo); lo que significa que “la Ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derechos establecidos por la Constitución”¹¹⁶ (Las negrillas son mías)*

No obstante con las reglas establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Social de la “Corte Constitucional”, se viola todo principio constitucional. Este tipo de normas “suplementarias” restringen las prescripciones de la Carta Magna sobre las garantías jurisdiccionales, en especial la del artículo 86 numeral 2, literal c, según la cual “*Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, **sin formalidades...***” (Las negrillas son mías). No se inobserva la Constitución solo una vez, sino dos veces por cuanto el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, ratifica lo antes dicho, estableciendo trámites diferentes para esta acción.

En otro orden de ideas, también se mediatizan las prescripciones de la Constitución en cuanto a la carga de la prueba. En efecto, según el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, en concordancia con el artículo 16 de la Ley Orgánica, se presumen “*ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada*”. Si se seguiría el mandado constitucional, debería ser la entidad pública accionada quien deba tomar la carga de la prueba; no obstante, la Ley reclama del legitimado activo la carga de la prueba, mediante la imposición de comprobar que se ha hecho la solicitud previa.

¹¹⁵ Obra citada. Constitución de la República de Ecuador, Artículo 1.

¹¹⁶ Zagrebelsky Gustavo. El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia. Madrid. Editorial Trotta, Sexta Edición, 2005. Página 34.

La doble enunciación de la acción por incumplimiento en el artículo 93 y en 436 numeral 9 de la Carta Fundamental, ha creado una duda en la misma Ley y en el Reglamento.

Al parecer, la acción por incumplimiento establecida en el artículo 93 de la Constitución ha sido separada de la establecida por el artículo 436, numeral quinto, de la Carta Suprema y 52 de la Ley Orgánica. Decimos esto, por cuanto el procedimiento – recepción, registro, admisión, sorteo, sustanciación y conclusión- tiene un trámite diferente al de las demás garantías jurisdiccionales, tornando esta acción en una especialísima, con procedimientos diferentes según se demanda el cumplimiento de una norma, de un acto administrativo de carácter general o de una sentencia o informe de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Siguiendo lo dicho, el artículo 10 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, discrimina a esta acción de la siguiente manera:

*La sala de admisión conocerá y calificará la admisibilidad de las acciones de interpretación constitucional; acciones públicas de inconstitucionalidad; **acción por incumplimiento establecida en el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución de la República....**”; y más tarde, en el artículo 32 establece “La demanda de acción por incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que nos sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias, **seguirá el trámite previsto en los Capítulos I, II y V del Título II de este Reglamento en cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.** (Las negrillas son mías)*

Según un experto de la Corte Constitucional, la diferenciación en el trámite se debe a que los actos administrativos de carácter general son diferentes a los actos administrativos de carácter singular, que actúan como reglamentos y de los cuales se puede demandar su cumplimiento con un trámite específico. No concuerdo con ello, por cuanto la acción por incumplimiento es una sola y no debería establecer distintos requisitos y procedimientos según lo que se requiera cumplir.

En lo referente a las causales de inadmisión previstas en el artículo 56 de la Ley Orgánica, surgen otras interrogantes.

- Sobre, “*Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.*”¹¹⁷ Surge la interrogante sobre qué otra acción pensarían los legisladores que se podría interponer para obtener el cumplimiento de una sentencia internacional, un informe de organismos internacionales de derechos humanos o una norma, pues el fin de esta garantía es muy específico. Si, por ejemplo, se pensaría en una acción de protección para pretender el cumplimiento de normas, seguramente la entidad accionada se excepcionaría por su improcedencia y el juez, aceptando el argumento, la negaría. Lo mismo ocurriría si se intentara interponer una acción de habeas data, habeas corpus, extraordinaria de protección, o de acceso a la información pública, porque simplemente sería un sinsentido.
- Respecto a, “*Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.*”¹¹⁸; la Ley no especifica a qué mandatos constitucionales se refiere. En el sentido lato de la palabra, mandato constitucional es toda disposición dada por la norma suprema. Siendo así, este numeral no podría ser más violatorio a los derechos humanos y a la Constitución, pues si es que se da la omisión de un mandato constitucional, los ciudadanos tienen el pleno derecho de exigir que éstos sean cumplidos por parte del Estado o la persona que los omitiere. No obstante, podría ser que, los mandatos constitucionales a los que se refiera este artículo sean los emitidos por la Asamblea Nacional Constituyente de Monterita, expedidos en el año 2008.¹¹⁹

¹¹⁷ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 57 numeral 1.

¹¹⁸ *Ibíd.* Artículo 57 numeral 2.

¹¹⁹ Asamblea Constituyente. Mandatos Constituyentes. Internet.
<http://www.superley.ec/superley/mandatos.htm>. Acceso: 5 de octubre de 2010.

Recordemos los Mandatos Constituyentes aprobados:

Plenos Poderes

Remuneración Sector Público

Suspensión elección diputados Santa Elena y Sto. Domingo de los Tsáchilas

Indemnizaciones Sector Público

Ayuda damnificados

Mandato Minero

- En cuanto a, *“Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”*¹²⁰ Nuevamente, ¿qué otro mecanismo judicial se tiene para pedir el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos y de normas? ¿Acaso se puede pretender que mediante una acción civil se exija el cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, claras, expresas y exigibles?
- En cuanto a, *“Si no se cumplen los requisitos de la demanda.”*¹²¹ Aquí volvemos a ver cómo se viola el principio constitucional establecido en el artículo 93 de la Constitución que establece que, *“El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. No se sacrificará ésta por la mera omisión de formalidades”*, al igual que el artículo 86 letra c. Además se contradice el principio procesal de formalidad condicionada, establecido en el artículo 4 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues éste indica que *“La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.”*¹²²

Todas estas, son inquietudes que deja la amplitud de la norma, al no haber sido considerada de manera específica en nuestro país, por tomarse lo establecido en legislaciones de países hermanos e intentando obtener el cumplimiento de otro tipo de resoluciones jurídicas de organismos internacionales de derechos humanos.

Designación Procurador General del Estado

Mandato Tercerización

Capitalización de Empresas del Fondo de Solidaridad

Implementación de la Portabilidad Numérica en el Ecuador

Designación de Superintendente del Compañías

Proyecto de Mandato que suspende las elecciones seccionales y otorga voto a los ecuatorianos domiciliados en el exterior

Mandato AGD

Derogatorio de la Ley 130 de creación de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, reformativo de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) y de Regularización de la Educación Superior

Mandato del Sector Eléctrico

Mandato Agrícola

¹²⁰ Obra citada. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 57 numeral 3.

¹²¹ Ibídem. Artículo 57 numeral 4.

¹²² Ibídem. Artículo 4 numeral 7.

En cuanto a la aplicación de la norma en las acciones por incumplimiento planteadas ante la Corte Constitucional, y que hemos revisado para el presente estudio, podemos verificar que se está confundiendo a la acción jurisdiccional por incumplimiento establecida en el artículo 93 y 436 numeral quinto de la Constitución con aquella acción constitucional por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales establecida en el artículo 436 numeral noveno, que es una competencia distinta de la Corte.

Tanto es así, que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha establecido como procedimiento diferente a la garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento – en el artículo 52 y siguientes- y a la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales – en el artículo 162 y siguientes-. Además que el mismo artículo 93 de la Norma Suprema en concordancia con el artículo 436 numeral quinto, ha establecido que el objeto de la garantía es, como ya hemos determinado en capítulos anteriores, el cumplimiento de normas que integran el sistema jurídico, actos administrativos y sentencias, informes o dictámenes de organismos internacionales de derechos humanos, en ningún lugar habla sobre sentencias o dictámenes de la Corte Constitucional.

En relación a esto se puede revisar como ejemplo, la Sentencia No. 0006-09-SIS-CC, caso No. 002-09-IS, en el Suplemento No. 42 del Registro Oficial del 7 de octubre de 2009, donde el Juez Ponente, doctor Freddy A. Donoso P., admite a trámite la acción por incumplimiento de sentencias y resoluciones constitucionales presentada por la compañía TRANSCALVARIO S.A. que se fundamentó en lo estipulado en el artículo 93 de la Constitución de la República, para demandar el incumplimiento de la Resolución No. 0152-07-RA, de la Segunda Sala del ex Tribunal Constitucional.

Otro problema que se ha constatado es que la Corte Constitucional ha considerado que una vez que se establece la naturaleza, los efectos y presupuestos de admisibilidad de la acción por incumplimiento, procede iniciar el análisis constitucional de fondo de aquello que tiene relación con el incumplimiento¹²³. Es decir que podrían volver a hacer un análisis de las

¹²³ Ver la Sentencia No.002-09-SAN-CC; Caso No.005-08-AN en el Registro Oficial Suplemento No.566, de 8 de abril del 2009. Que al respecto también señala “A diferencia de Perú y Colombia, en los que la declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas se ejerce dentro de procesos de

sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, pudiendo inclusive adoptar un criterio contrario a lo que ellas han establecido, y de los actos administrativos de carácter general, que suponen ser legítimos y con fuerza de ejecutoria. Esto lo realizan sustentados en que la nueva Constitución y la concepción del Estado como un Estado constitucional de derechos y justicia, permite a la Corte no permanecer *“impasible e impotente al detectar normas inconstitucionales”* ¹²⁴.

No solamente se limita a estas actividades de análisis, sino que en algunos casos como por ejemplo el No.0024-2009-AN, mediante la sentencia No.0007-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 372 de jueves 27 de enero de 2011, da valor diferente al que tiene un acto administrativo, a partir de un afán de beneficiar un interés expuesto en una causa, a un acto de simple administración causando un perjuicio al Ministerio de Defensa Nacional.

Estos son los mayores problemas que deja entrever la nueva garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento, vacíos, duplicaciones en textos, interpretaciones y trámites distintos, dependiendo lo que se esté exigiendo.

1.13. Posibles soluciones

La Corte Constitucional debe en primer lugar, justamente en aplicación al nuevo orden de Estado constitucional de derechos y justicia, debe dejar de realizar interpretaciones que han sido denominadas como “militancia judicial”, para lo que juez que se crea más allá de la norma y realiza interpretaciones extensivas o teleológicas que en realidad obedecen a intereses particulares, debe estar sometido estrictamente a la Constitución y la Ley.

inconstitucionalidad, en el caso ecuatoriano, de conformidad a lo previsto en el numeral 3 del artículo 436, la Corte Constitucional es competente para declarar la inconstitucionalidad de oficio de normas conexas.”

¹²⁴ Ibídem.

De igual forma, con motivo de las duplicaciones y vacíos que trae la Constitución, la Ley y el Reglamento, se podría organizar una comisión de estudio dentro de la Corte Constitucional que tenga a cargo la misión de proponer las reformas necesarias a la Constitución y a la Ley que es plenamente justificable en este caso, debido a la ambigüedad de las mismas. Aunque resulte utópica la idea de que una comisión integrada por los mismos integrantes de la Corte Constitucional, revise las normas que ellos mismos expidieron, sería un gran acierto hacerlo.

Por otro lado, grupos u organizaciones de derechos humanos, pueden denunciar o hacer notar la mediatización que hace la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de los Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Demandar la inconstitucionalidad de sus normas, que terminan siendo perjudiciales a los derechos de los ciudadanos, como por ejemplo el reclamo previo y la carga de la prueba.

Del mismo modo, se podría realizar una reforma constitucional que determine claramente el objeto de la acción por incumplimiento en un solo artículo, de tal manera que no cause confusiones y no existan duplicaciones.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

La acción por incumplimiento establecida en el artículo 93 de la Constitución responde a la teleología de las garantías jurisdiccionales, esto es, ser un instrumento de tutela directa de los derechos fundamentales. Fue concebida con el modelo puesto en vigor por países latinoamericanos hace muchos años; sin embargo, los constituyentes omitieron ciertas precisiones que, en la práctica, han derivado en varios problemas.

1. Como vimos en el primer capítulo, los derechos garantizados en la Constitución pueden ser afectados por acción o por omisión. La acción por incumplimiento trata de corregir las omisiones.

Se supone que la acción por incumplimiento es un mecanismo directo para exigir actos y conductas de las autoridades públicas o una persona, frente a la inaplicación de una norma del sistema jurídico, un acto administrativo de carácter general o sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos. En la práctica ha sido invocada y utilizada para sustituir acciones judiciales ordinarias u otras acciones de garantías constitucionales.

2. La acción por incumplimiento, a diferencia de las similares de Perú y de Colombia, se destaca por su amplitud. El límite, que no debería existir por inconstitucional, fue impuesto por el artículo 57 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que requiere que su objetivo no se pueda conseguir por otra garantía jurisdiccional o mecanismo judicial. El requisito parece innecesario porque no existe otro mecanismo judicial para poder exigir el cumplimiento de **normas**. En general, lo que existe es el derecho de acción, esto es la posibilidad de poner en marcha la justicia para reclamar la declaración de un derecho protegido por la norma objetiva.

3. Las sentencias, fallos o resoluciones de los órganos judiciales de los organismos internacionales de derechos humanos, son manifestaciones formales del parecer del organismo y del cumplimiento de los derechos fundamentales. Generalmente son motivadas, obligatorias, concluyentes e ineludibles para los estados partes del tratado.

Por otro lado, los informes de los organismos internacionales de derechos humanos son exposiciones o prescripciones orientadas a advertir, notificar, orientar, sugerir o recomendar la aplicación de normas o exigir el cumplimiento de los derechos en los países miembros.

En el pasado, ni la constitución ni la ley habían considerado justiciable el cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos. Eso hace que la acción por incumplimiento constituya una novedad dentro del sistema judicial bajo el supuesto que los estados parte de estos organismos, tienen el deber imperioso de cumplir sin dilaciones con aquellos.

4. La jurisprudencia ecuatoriana ha acogido como definición del acto administrativo la contemplada en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial esto es como *“Toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”*. En este sentido, la acción por incumplimiento establecida en la Constitución y en la Ley, que habla de “acto administrativo de carácter general”, se referiría solo al acto normativo, prescrito en el artículo 80 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva esto es a *“Toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales objetivos de forma directa.”*

Una incomprensión de la Corte Constitucional en Transición sobre los conceptos (que se entendería entre profanos, pero no entre magistrados constitucionales) ha hecho que en varias sentencias, declare a un acto de

simple administración o a un hecho administrativo como un acto administrativo de carácter general. La excusa para atender las acciones que versan sobre estos actos administrativos, es que el numeral 436 numeral 5 de la Constitución establece que la acción por incumplimiento procede sobre actos administrativos de carácter general, *“cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”*. La excusa es tan más pobre cuanto que se olvidan que se refiere a los *“actos de carácter general”*.

5. El apresuramiento de los constituyentes de Montecristi al crear esta nueva institución jurídica determinó sus imprecisiones en la misma Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se ha manifestado en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Dentro de la Constitución se observa que el artículo 93 es complementado por el numeral 5 del artículo 436 porque amplía la procedibilidad de la acción por incumplimiento a los actos administrativos de carácter general.

La Ley, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución que habla de las normas comunes de procedimiento de las garantías jurisdiccionales, establece un procedimiento distinto. Por su parte, el artículo 32 y los Capítulos I, II y V del Título II del Reglamento para las acciones por incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general vuelven a hablar de las sentencias e informes de los organismos internacionales de derechos humanos, generando un procedimiento distinto al de la ley y la Constitución.

6. Otro de los problemas que ha traído la inexactitud de la acción, ha sido la confusión tanto de los ciudadanos, cuanto de la misma Corte Constitucional sobre una acción constitucional, establecida en el numeral 9 del artículo 436 de la Carta Fundamental y 162 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional, llamada *“Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales”*.

Hemos observado que se han presentado y se ha dado paso a un sin número de acciones por incumplimiento -garantía jurisdiccional-, confundiéndola con la acción constitucional de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Estas dos acciones son completamente distintas tanto en el objeto, cuanto en el trámite y efectos.

7. Es lamentable que, en la práctica, la garantía jurisdiccional se ha mediatizado por la lentitud del trámite previo de la acción establecido por la Ley. De hecho el trámite viola principios básicos constitucionales como la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos así como la informalidad; la rapidez, sencillez y eficacia de las garantías jurisdiccionales.

La exigencia de una petición previa para el cumplimiento de la norma, el acto administrativo de carácter general o de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos y la obligada espera de cuarenta días por una respuesta –sea ésta expresa o tácita-, supone una violación a estos principios y retrata a este mecanismo jurisdiccional como uno más de los procedimientos engorrosos.

8. Un problema notable de esta solicitud previa, con total vulneración de la Constitución, tiene que ver con la carga de la prueba. Según el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, en concordancia con el artículo 16 de la Ley Orgánica, se presumen *“ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada”*; sin embargo en esta acción especialísima, la Ley ha trasladado al legitimado activo la carga de la prueba al reclamarle que exhiba la solicitud.

9. Otra equivocación de la Corte Constitucional en Transición, es que se ha declarado competente – sustentada en que el nuevo concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y que no permite que la Corte permanezca impávida e impotente al detectar normas inconstitucionales- para realizar un análisis constitucional del fondo de la acción planteada. Esto supone que podría incluso “reanalizar” una sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos y eventualmente adoptar un criterio contrario a lo que se ha establecido si es que quisiera extralimitarse en sus resoluciones, como hemos visto es característico. Lo mismo sucede con los actos administrativos a los que la ley les ha dado el carácter y efectos de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad.
10. La Corte Constitucional ecuatoriana es el organismo llamado a contribuir y fortalecer el respeto por los derechos humanos y la institucionalidad democrática del país. Estaría llamada a respetar y promover la adecuada aplicación de las normas y coadyuvar a que la regulación legal encuadre con los preceptos constitucionales pero, por su actitud de militante no ha cumplido ese rol fundamental.
11. Para que se dé un eficaz control sobre los actos de los poderes públicos y de las personas, se requiere que el organismo máximo de control constitucional, sea efectivamente un órgano independiente e imparcial, que aplique –en virtud del nuevo concepto de Estado de Derechos y Justicia- los derechos constitucionales sin dilaciones para evitar los excesos de poder. Lamentablemente, la autonomía e independencia de la Corte Constitucional ha sido marcada por una interpretación interesada de la Constitución y de la ley según conveniencia particular y con escaso desarrollo argumentativo. Súmese a esto la falta de unidad de criterio jurisprudencial y se llegará a consolidar las bases de la inseguridad jurídica.
12. La Carta Magna promulgada en el 2008, se ha caracterizado por sus duplicaciones, vacíos, imprecisiones y amplitud reglamentaria. La nueva

institución garantista de acción por incumplimiento, no podía abstraerse de esos defectos. Al haber definido como objeto de esta acción a las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos la autodenominada Corte Constitucional podría exponer al país a nuevas denuncias en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por vulnerar expresos derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

5.2 Recomendaciones

Los siguientes son algunos de los retos que debería atender la Corte Constitucional para garantizar la protección procesal de los derechos humanos.

En primer lugar, debería ser y parecer un órgano autónomo e independiente que realice una adecuada interpretación de la Constitución y la ley dejando de lado intereses personales y políticos y cuyo límite -de interpretación- sea la propia Carta Magna.

Un medio efectivo para lograr esto, es mediante el llamado autocontrol judicial, con lo que se evitaría interferencias extrañas.

En segundo lugar, la creación de un Código de Procedimiento Constitucional - como el establecido en Perú- que unificaría las formas y que evitaría dudas respecto a la aplicación de las garantías jurisdiccionales y para el control constitucional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya lo he dicho, mediatiza los procesos y requisitos mientras el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional llega a contradecir a la ley y genera dudas sobre el trámite de las garantías. Un código podría contribuir al respeto de los derechos humanos y al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el Ecuador.

Tercero, creo necesario una enmienda en el texto constitucional, en tanto que la acción por incumplimiento, debería ser dirigida únicamente a las sentencias, informes y decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos, por cuanto se supone que el llamado a cumplir con aquellas es el Estado y lo debe hacer de manera inmediata y obligatoria, al ser Estado suscriptor de los organismos internacionales de derechos humanos. Es decir, se debería suprimir a los actos administrativos de carácter general, *“cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”*. La acción por incumplimiento, iría dirigida a exigir una procedibilidad pronta en cuanto al cumplimiento de las sentencias, informes y decisiones.

De esta forma, la reforma quedaría establecida de la siguiente manera dentro del artículo 436, numeral 5 de la Constitución:

“Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.”

Es decir, estaría en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93 de la Norma fundamental y artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cuarto, se debería eliminar el requisito de procedibilidad de agotar la vía mediante una solicitud al llamado a cumplir con la obligación, o en su defecto, se debería señalar un plazo más corto para que el obligado conteste, pues como ya hemos dejado claro, esperar cuarenta días por una respuesta expresa o tácita vulnera otros derechos constitucionales y se pierde el sentido de la acción jurisdiccional.

Quinto, de la misma manera, se debería eliminar el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que determina un trámite distinto al establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación de la acción por incumplimiento, reglamento por demás inconstitucional, pues viola normas establecidas en la Carta Magna.

La acción por incumplimiento establecida en el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador, fue fruto de una buena y elemental intención: garantizar el cumplimiento de las normas en un país caracterizado por el viejo adagio de la colonia: “*se acata pero no se cumple*” que predicaban los españoles frente a las leyes de indias. La bondad de la garantía se ha visto torpedeada por una ley y un reglamento que contradicen su aplicabilidad y trámite. Al mismo tiempo, no se ha advertido a la acción por incumplimiento como una respuesta concreta para la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales de los ecuatorianos, toda vez que ni los ciudadanos ni los jueces constitucionales -estos con mayor responsabilidad- han entendido sus loables fines que, en definitiva, se concretan en la necesidad de la certeza sobre un ordenamiento jurídico que se conozca y se cumpla.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Textos

- Ernesto Rey Cantor, María Carolina Rodríguez. Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Segunda Edición, 1998.
- Guillermo Bossano. Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Quito, Talleres Gráficos de la Escuela Superior “Eloy Alfaro”, 1959.
- Guillermo Cabanelas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1980.
- Hernán Salgado Pesantes. Introducción al Estudio del Derecho. Quito, Editorial Nacional, 2002.
- Hernán Salgado Pesantes. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Jorge Castañeda. Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas. México D.F., Ed. Colegio de México, 1967.
- Lenin T. Arroyo Baltán, Las Garantías Individuales y el Rol de Protección Constitucional. Quito, Arroyo ediciones, 2002.
- Ramiro Ávila Santamaría. Desafíos Constitucionales la Constitución Ecuatoriana del 2008 en Perspectiva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ramón Eduardo Burneo. Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Segunda Edición, 2008.
- Zagrebelsky Gustavo. El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Madrid. Editorial Trotta, Sexta Edición, 2005. Página 34.

Normativa Nacional

- Código Civil Ecuatoriano
- Código de Procedimiento Civil
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial
- Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212.
- Ley de Modernización del Estado
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Mandatos Constituyentes
- Registro Oficial Suplemento No. 372, de jueves 27 de enero de 2011. Sentencia No.0007-09-SAN-CC; Caso No.0024-2009-AN.
- Registro Oficial Suplemento No. 42, de 7 de octubre de 2009. Sentencia No. 0006-09-SIS-CC, caso No. 002-09-IS
- Registro Oficial Suplemento No.566, de 8 de abril del 2009. Sentencia No.002-09-SAN-CC; Caso No.005-08-AN.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

Normativa Internacional

- Carta de las Naciones Unidas
- Código de Procedimiento Civil de Colombia
- Código Procesal Civil de Perú
- Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237
- Constitución Política de la República de Colombia
- Constitución Política de la República de Perú
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Ley 393 de la República de Colombia

- Resolución Administrativa No. 093-2010-CE-PJ de la Gerencia General del Poder Judicial del Perú.
- Sentencia Vinculante del Tribunal Constitucional de la República del Perú No.168-2005-PC/TC

Internet

- Asamblea Constituyente. Mandatos Constituyentes. Internet. <http://www.superley.ec/superley/mandatos.htm>. Acceso: 5 de octubre de 2010.
- Carlos Arturo Muñoz. Acciones para la Protección de los Derechos. Internet. www.eidenar.univalle.edu.co/docentes/catedra/docs/11cmunoz.doc. **Acceso: 15 de febrero de 2011.**
- Carlos Salmón Alvear. Régimen Procesal del Hábeas Data en el Ecuador. Internet. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=506&Itemid=29. Acceso: 12 de julio de 2010.
- Centro de Información de la Naciones Unidas. Miembros de las Naciones Unidas. Internet. <http://www.cinu.org.mx/onu/miembros.htm>. Acceso: 03 de agosto de 2010.
- Colombia. Constitución Política de la República de Colombia. Internet. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Acceso: 17 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatuto. Internet <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>. Acceso: 03 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Historia. Internet. <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>. Acceso: 02 de agosto de 2010.
- Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. B-32: Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Acceso: 02 de agosto de 2010.
- Maritza Guaderrama. Registros, Claves y Datos Sensibles. Internet: www.microsoft.com/business/smbles-es/internet/registros_claves.msp. Acceso: 13 de julio de 2010.

- Noticias diario Hoy. Autoproclamada Corte Constitucional lista para Interpretar Constitución. Internet. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/autoproclamada-corte-lista-para-interpretar-constitucion-318866.htm>. Acceso: 8 de agosto de 2010.
- Organización de Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acceso: 28 de junio de 2010.
- Organización de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. Internet. <http://www.un.org/es/documents/charter/>. Acceso: 09 de agosto de 2010.
- Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet. <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>. Acceso: 28 de junio de 2010.
- Perú. Código Procesal Civil. Internet. <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>. Acceso: 15 de febrero de 2010.
- Perú. Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No.28237. Internet. http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html. Acceso: 7 de febrero de 2011.
- Perú. Constitución de la República de Perú. Internet <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acceso: 31 de enero de 2011.
- Rainer Hule. La Violación de los Derechos Humanos ¿Privilegio de los Estados? Internet. <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>. Acceso: 15 de julio de 2010.
- Real Academia Española. Ámbito. Internet. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ambito. Acceso: 24 de agosto de 2010.
- Reinaldo Galindo Pohl. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el Conflicto entre Salvador y Honduras. Internet. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt11.pdf>. Acceso: 01 de agosto de 2010.
- Secretaría del Senado de la República de Colombia. Código de Procedimiento Civil Colombiano. Internet. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html. Acceso: 15 de febrero de 2011.
- Secretaría del Senado de la República de Colombia. Ley 393. Internet. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1997/ley_0393_1997.html. Acceso: 15 de febrero de 2011.

- Seminario Reina Valera. Las Garantías Jurisdiccionales. Internet. <http://www.seminarioabierto.com/derechos15.htm>. Acceso: 27 de noviembre de 2010.
- Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia Vinculante del Tribunal Constitucional No.168-2005-PC/TC. Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00168-2005-AC.html>. Acceso: 13 de febrero de 2011.
- Wikipedia. Amicus Curiae. Internet. http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae. Acceso: 22 de noviembre de 2010.